



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

Santa Marta D.T.C.H., veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR:	CESAR TULIO SEUQUEDA FALCO
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
RADICACIÓN:	47-001-3333-002-2016-00104-00

Agotadas las solemnidades propias del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

I. ANTECEDENTES

1.1.- LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, el señor CESAR TULIO SEQUEDA FALCO, promovió el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", en procura de obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.1. Declaraciones y Condenas

La demanda se presenta a efectos de obtener de esta jurisdicción las pretensiones que seguidamente se indican, así:

***"PRIMERO.-** Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No.41774 de fecha 05 de agosto de 2013, suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales, mediante el cual negó el reconocimiento y pago del incremento del s.m.m.l.v. del 40% al 60%, por indebida aplicación del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.*

***SEGUNDO.-** Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No.43823 de fecha 15 de agosto de 2013, suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales, mediante el cual negó la reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.*

TERCERO: *Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 45738 del 23 de agosto de 2013, suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales, mediante el cual negó el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la Resolución de asignación de retiro de la prima de navidad de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.18.*

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al reconocimiento y pago a favor del demandante al pago de los dineros indexados junto con los intereses de ley, desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de la actualización del pago de la obligación de:

1.- La reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004.

2.- El reajuste de la asignación de retiro del cuarenta (40% al sesenta 60%) por ciento de conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de septiembre de 2000.

3.- La inclusión y reliquidación de la prima de navidad en la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 art. 13 numeral 13.18.

Condenase en costas y agencias en derecho a la entidad demandada."

1.1.2. Hechos de la Demanda:

La parte actora sustenta las pretensiones de su demanda con fundamento en los supuestos fácticos que seguidamente se transcriben:

1.- El demandante, ingresó a laboral al Ministerio de Defensa en condición de Soldado Regular.

2.- La vinculación del demandante estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

3.- A partir del 1º de noviembre de 2003, la vinculación del demandante estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y el Decreto 4433 de 2004 del orden Ministerial de Defensa Nacional.

4.- El demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional – Ministerio de Defensa durante más de veinte (20) años, con derecho a la asignación de retiro.

5.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No. 1507 del 08 de junio de 2009.

6.- La Resolución de liquidación de la asignación de retiro del demandante fue efectuada con base en un s.m.m.l.v. más el 40%.

7.- El reajuste del veinte (20%) por ciento por falta de aplicación de lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del decreto 1794 de septiembre 14 de 2000, liquidando el s.m.m.l.v. más el 40%, cuando la norma establece para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el s.m.m.l.v. más el 60%.

8.- Mediante oficio No. 61465 del 18 de julio de 2013 el demandante radico derecho de petición ante la caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, solicitando la reliquidación del s.m.m.l.v. más el 60% en la asignación de retiro.

9.- Mediante Oficio No. 41774 de fecha 05 de agosto de 2013 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, le negó el derecho al demandante de la reliquidación del s.m.m.l.v. más el 60% en la asignación de retiro.

10.- En la Resolución de la asignación de retiro del demandante, la liquidación del setenta (70%) por ciento, al aplicar la formula no atiende lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

11.- Cremil liquida: el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad y liquida el setenta por ciento (70%).

12.- Cremil al momento de la expedición de la resolución de la asignación de retiro del demandante, en el acto administrativo no fue efectuado el reajuste como es debido del 70% ya que de forma errónea efectúan una liquidación 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 inciso segundo del artículo 1º del 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.

13.- Mediante oficio No.62717 del 22 de julio de 2013 el demandante radico derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, solicitando la reliquidación de la asignación de retiro del setenta (70%) por ciento conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

14.- Mediante oficio No.43823 de fecha 15 de agosto de 2013 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil – le negó el derecho al demandante solicitando la reliquidación de la asignación de retiro del setenta (70%) por ciento conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

15.- En servicio activo el demandante devengaba prima de navidad.

16.- En la resolución de liquidación de la asignación de retiro del demandante no le fue incluido la duodécima parte de la prima de navidad.

17.- Los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares al momento de liquidar la asignación de retiro si se les tiene en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.

18.- Mediante oficio No.64995 del 26 de julio de 2013 el demandante radico derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, solicitando el reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad su inclusión y pago.

19.- Mediante oficio No.45734 del 23 de agosto de 2013 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, le negó el derecho al demandante el reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad su inclusión y pago.

1.1.3 Fundamentos de derecho en que se apoyan las pretensiones:

Considera el demandante que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, con los actos administrativos predichos, ha violado las siguientes disposiciones legales y constitucionales:

- Constitucionales: Artículos 2, 4, 6, 13, 29 y 53 de la constitución política.
- Legales: Ley 4ª de 1992; Artículo 10 Ley 13 de 1985; Decreto 4433 de 2004; Decretos 1793 y 1794 de 2000.

1.1.4. Concepto de Violación

Considera que hubo una indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 13.2.1. de la misma norma y el inciso 1º del Decreto 1794 de 2000, al haber incurrido en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación de retiro, pues se tomó equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar, afectando doblemente la prima de antigüedad.

Indica que la entidad demandada realiza una equivocada y desigual asignación de retiro, al aplicar un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad, pues decide tomar el 100% del salario básico y le suma el 38.5% de la prima de antigüedad, sacándole al resultado el 70% indicado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y no aplica la fórmula indicada en la norma, que es tomar el 70% del sueldo básico y sumarle el 38.5% de la prima de antigüedad, pues con la primera liquidación resulta desfavorable, pues pierde una suma cercana a los \$95.322,50, valor significativo si se tiene en cuenta que la asignación de retiro asciende a los \$895.450,50 mensuales para el año 2013.

Igualmente argumenta que hay una falta de aplicación del párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, pues se tomó el salario mínimo legal 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 el caso del demandante, la asignación debe liquidarse con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

En efecto, señala que no se tuvo en cuenta el régimen prestacional y salarial de los soldados profesionales conforme el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que al estar vinculado a 31 de diciembre de 2000 conforme la Ley 131 de 1985 le correspondía

devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% y el actor cumplió con todos esos requisitos pues ingresó como soldado regular entre los años 1989 a 1990 y se desempeñó como soldado voluntario bajo lo normado en la Ley 131 de 1985, ostentado la condición de soldado a 31 de diciembre de 2000, y posteriormente en el año 2003 fue designado como soldado profesional, enmarcando en los parámetros establecidos en el inciso 2° del Decreto 1794 de 2000.

Que en consecuencia para establecer el monto de la asignación de retiro ha debido tomarse el salario mínimo incrementado en un 60% y sobre éste valor tomar el 70% ya indicado para la asignación de retiro.

Finaliza, señalando que el numeral 13.1.8 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 es inaplicable al dejar de incluir la partida computable para la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal del retiro.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.-

Mediante apoderado, expone que se opone a los hechos y pretensiones de la demanda así como a la condena en costas, señalando que la entidad le reconoció al actor mediante Resolución 1507 del 8 de junio de 2009 la asignación de retiro, a partir del 5 de junio de 2009 por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 2 meses y 21 días.

Aduce que dicho reconocimiento fue realizado atendiendo lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así como lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor.

Así mismo, se refirió al subsidio familiar, advirtiendo que desde la expedición de la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario, los soldados profesionales obtuvieron el derecho a devengar una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido al respecto en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Señala que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 constituye una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias.

Respecto del reajuste solicitado, expone que las partidas computables para el personal de las fuerzas militares conforme el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 en el numeral 13.2.1. para los soldados profesionales se liquida el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto ley 1794 de 2000, deduciéndose claramente que debe aplicarse el 40% y el actor insiste en que se le aplique el inciso 2° que establece un porcentaje diferente.

Indica que de conformidad en el art. 13 del Decreto 4433 de 2000 que estableció la partida computable denominada de la prima de navidad, en su numeral 13.1.8. que trata de la duodécima parte de dicha prestación, manifiesta que esa partida se estipulo

para los oficiales y suboficiales, razón por la cual la entidad no la liquido en la asignación de retiro del actor, obrando de conformidad con dicho mandato y que adicionalmente la duodécima parte de la prima de navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, y que mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas ni siquiera en actividad.

Finaliza manifestando que por lo expuesto no se configura la violación al derecho a la igualdad, así como la falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y de la causal de nulidad de los actos administrativos demandados.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes procesales en resumen alegaron lo siguiente:

1.3.1. Parte demandante

La parte demandante en sus alegaciones, manifiesto que se ratifica de las pretensiones y los hechos de la demanda, aduciendo que la pretensión del reajuste del 40 al 60%, nace mediante la Ley 131 de 1985, la cual en su artículo 4º ordeno que el que preste el servicio militar voluntario devengaría una bonificación mensual equivalente a un s.m.m.l.v., incrementada en un 60% del mismo salario; y que posterior a ello se originó el Decreto 1793 de 2000 que expide el Régimen de Carrera y el Estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, que estableció la jerarquía militar hasta ese momento conocido como soldado voluntario y que de ahora en adelante se denominaría soldado profesional el cual entraría a regir a partir del 1º de enero de 2001; al igual alega, que en progreso de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 se expidió el Decreto 1794 de 2000 por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, en el que señala en su art. 1º que los soldados profesionales que se vinculen a las fuerzas militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario, y si se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Que de esta manera, este régimen de transición busca el amparo de los derechos adquiridos por los soldados que con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, prestaban sus servicios como los denominados soldados voluntarios y que, posterior a esa fecha se incorporaran como soldados profesionales, evento en el cual se le aplicaría en su totalidad el Decreto 1794 de 2000, como lo indica el parágrafo del art. 2º, pero que su asignación mensual no equivaldrá a un **salario mínimo incrementado en un 40%, sino en un 60%; siendo este caso el del soldado profesional Cesar Tulio Sequeda Falco** quien se desempeñó como soldado voluntario hasta el 31 de octubre de 2003 y según la hoja de servicio certifica que a partir del 01 de noviembre de 2003 paso a ser soldado profesional, a quien le asiste la protección de su derecho adquirido así como el cumplimiento de la normatividad.

Respecto al tema, hace mención a la sentencia de unificación del Consejo de Estado – Sala Plena -Sección Segunda, del 25 de agosto de 2015. C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, CE-SUJ2 Rad. 85001333300220130006001 numero interno 3420-2015.

Seguidamente, arguye, que el art. 16 del Decreto 4433 de 2004, determino la asignación de retiro para soldados profesionales, en el sentido que si se retiran o son retirados con veinte (20) años de servicios, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., **adicionado con un 38,5% de la prima de antigüedad.** Que en todo caso, la asignación de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigente.

Aduce además, que al respecto existen pronunciamientos del Consejo de Estado, así como de Tribunales en la Asignación de retiro profesionales e infantes de marinas, tales como: Consejo de Estado-Sección Segunda, del 30 de julio de 2015, exp. 11001-03-15-000-2015-01664-00, C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Tribunal Administrativo de Oralidad de Santander, del 13 de noviembre de 2014, exp. 2013-0421-01; Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección D, del 15 de enero de 2015, exp. 11001-3335-011-2013-00560-01.

En relación a la inclusión de la **duodécima parte de la prima de navidad**, señala que con el Decreto 4433 de 2004, el legislador una vez más, sin justificación alguna excluye de las partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos desde la fecha fiscal de retiro, caso contrario que si es incluida como partida computable para los oficiales y suboficiales en su asignación de retiro según lo ordenado por el mismo decreto 4433 de 2004 en su numeral 13.1.8 en desarrollo de la ley 923 de 2004.

Aduciendo que al demandante se le vulnero el derecho a la igualdad por parte de la demandada, con la respuesta negativa ante la petición de la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en su asignación de retiro; y que a la luz de la sentencia T-545 de 2004, el operador jurídico, en desarrollo del principio de favorabilidad, deberá elegir de entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables y que ofrezcan un motivo de duda serio y objetivo, la que más favorezca los derechos constitucionales.

Finalmente, solicita se despache favorablemente las pretensiones sustentadas en los hechos y pruebas aportadas, de conformidad con los mandatos constitucionales y la jurisprudencia.

1.3.2. Parte demandada - CREMIL

La parte demandada en la audiencia escrita, manifestó que los alegatos son las mismas que adjunto en la contestación de la demanda, que la normatividad que se planteó al reconocimiento y al reajuste fue de acuerdo a las normatividades vigentes y a la ley.

Finalmente, solicita que no se condene en costas a la entidad por no cometer ningún tipo de dilatación ante este proceso y se ajustó dentro de la ley.

1.3.3. Concepto del Ministerio Público

Encontrándose en término el Delegado del Ministerio Público ante este despacho, emitió su concepto sobre la presente Litis, en la que conceptuó lo siguiente:

Que visto los antecedentes administrativos que reposan en el expediente, advierte que hay una diferencia entre el cálculo de la asignación de retiro que hace la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares y la que realizó el apoderado judicial del demandante, la cual se centra en el valor de la prima de antigüedad que se toma para la liquidación; que con la forma como la entidad demandada indica que efectuó la liquidación de la asignación de retiro del accionante, no aplico de manera correcta las normas que regulan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, razón por la cual solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 0043823 del 15 de agosto de 2013 proferido por la demandada y que como consecuencia de ello, se ordene a re liquidar la asignación de retiro que le fue reconocida y el que resulte luego de efectuar la correspondiente liquidación, atendiendo a la prescripción de las mesadas.

En cuanto a la segunda pretensión consistente en el reajuste de la asignación de retiro pasando del 40% al 60% de conformidad con el inciso 2º del art. 1º del Decreto 1794 de 2000, aduce que dicho porcentaje se aplica para el pago de la asignación salarial mensual y no para el cálculo de la asignación de retiro al no estar estipulada con esa finalidad por el decreto 4433 de 2004, por lo que esta pretensión consistente en la declaratoria de la nulidad del oficio No. 41774 del 5 de agosto de 2013 proferido por la demandada y su restablecimiento del derecho, solicita debe ser denegada.

Frente a la tercera pretensión, consistente en la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo en la liquidación de la misma la prima de navidad, aduce que las partidas que se deben tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro del personal militar, y particularmente de los soldados profesionales, se encuentran establecidas en el art. 13 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, y que de acuerdo a ello, la duodécima parte de la prima de navidad no es partida computable para el reconocimiento y liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales pero que si lo es para los oficiales y suboficiales; y que para la prosperidad de este pretensión, se considera que debía demostrarse que el actor devengaba la prima de navidad, pero que revisada la hoja de servicio que obran en el plenario, tal circunstancia no se encontró acreditada, por lo que solicita se niegue esta pretensión.

Finalmente, indica que en el presente caso se encuentra configurada la prescripción de algunas mesadas, teniendo en cuenta que el demandante tiene una asignación de retiro reconocida a partir del 5 de junio de 2009 y la solicitud de reliquidación con la cual se interrumpió el termino prescriptivo, se presentó tan solo el 22 de julio de 2013, prescripción configurada en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que redujo dicho termino para la asignación de retiro, de 4 a 3 años.

Así mismo, solicita a esta Agencia Judicial, se proceda a pronunciarse en la forma antes expuesta.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente derrotero: 1) Control de legalidad; 2) Problema Jurídico; 3) Medios probatorios; 4) Marco Jurídico y Jurisprudencial; 5) Análisis del caso concreto; 6) Conclusión 7) Parámetro para el restablecimiento del derecho si a ello hubiere lugar y por último 8) Condena en costas 9) Decisión.

2.1. Control de Legalidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de cada una de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por esta agencia judicial la existencia de vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo. Por lo anterior encontrándose saneada la actuación es procedente desatar la Litis.

2.2. Problema Jurídico A Resolver.

Así las cosas, tal como se indicó en audiencia inicial, el litigio se circunscribe en determinar si al demandante le asiste el derecho a que se le re liquide su asignación de retiro con:

- a) Con el 70% del salario mensual, y que sobre este valor, se adicione el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad, conformidad a lo establecido en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004;
- b) el reajuste del 40% al 60% de conformidad con el inciso 2º art. 1º del Decreto 1794 de 2000, y
- c) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad de conformidad con el numeral 13.1.8. del art. 13 del Decreto 4433 de 2004, pese a ser un factor prestacional que no devengaba el actor al momento activo del servicio.

2.3. Medios Probatorios

Para demostrar los hechos y los supuestos en que se apoyan las normas violadas se allegaron los siguientes medios de prueba documentales relevantes para la acción:

- El demandante prestó durante 20 años, meses y 22 días sus servicios a las fuerzas militares.

- A través de la Resolución No. 1507 del 08 de junio de 2009 le fue reconocida la asignación de retiro, con efectos a partir del 5 de junio de 2009. (fl. 11-13).
- Escrito de Petición formulado por el actor de fecha 18 de julio de 2013, Radicado No.61465, donde solicita a la entidad demandada la reliquidación del s.m.m.l.v. más el 60% en la asignación de retiro. (fl.2)
- Respuesta de la entidad mediante oficio No. 41774 de fecha 05 de agosto de 2013 a la petición del actor radicación 61465 del 18 de julio de 2013, donde manifiesta que no atiende favorablemente la solicitud de su reajuste. (fl. 3)
- Escrito de petición formulada por el actor de fecha 22 de julio de 2013, radicado 62717, donde solicita a la entidad demandada la reliquidación del 70% de los factores prestacionales de su asignación de retiro por indebida aplicación del art. 16 del decreto 4433 de 2004. (fl.4)
- Respuesta de la entidad mediante oficio No.43823 del 15 de agosto de 2013 a la petición del actor radicación 62717 del 22 de julio de 2013, donde manifiesta le niega al actor el derecho de la reliquidación solicitada. (fl. 5)
- Escrito de petición formulado por el demandante a la entidad demandada, radicado con el No.64995 del 26 de julio de 2013, donde solicita la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad conforme al art. 13.1.8. del Decreto 4433 de 2004. (fl.6)
- Respuesta de la entidad mediante oficio No.45738 del 23 de agosto de 2013 a la petición del actor radicación 64995 del 26 de julio de 2013, donde manifiesta la negativa de reconocimiento de la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad. (fl.7).
- Certificación del Batallón de Infantería Mecanizado No. 5 Córdoba de fecha 19 de marzo de 2013, donde certifica que el actor laboro en las instalaciones de dicho batallón, como soldado profesional desde el 15 de noviembre de 2000 hasta el 5 de marzo de 2009.
- Expediente administrativo (fl.82 al 128)

2.4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

Pretende el demandante el reajuste de su asignación de retiro tomando como base el valor de salario mínimo, incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; adicionando al setenta por ciento (70%) de la asignación básica el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y la inclusión de la duodécima

parte de la prima de navidad de conformidad con el numeral 13.1.8. del art. 13 del Decreto 4433 de 2004.

2.4.1. Régimen del soldado profesional:

El artículo 2°¹ de la ley 131 de 1985, estableció que pueden prestar **servicio militar voluntario**, quienes prestaron servicio militar obligatorio manifiesten y sean aceptados por las autoridades militares. Por su parte el artículo 3° de la misma norma, indicó que las personas a que se refiere el artículo anterior, quedarán sujetas a partir de su vinculación como **soldado voluntario**, al estatuto establecido para la justicia penal militar, así como al reglamento disciplinario, al régimen prestacional entre otros.

El artículo 4°² de la norma precitada, indica que el prestante en el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual, semejante salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% del mismo salario; así mismo el artículo 5° aduce que el soldado voluntario tiene derecho a percibir una bonificación de navidad semejante a la recibida en el mes de noviembre del mismo año³.

El Decreto 370 de 1991 reglamentó la ley anterior y en su artículo 3° señaló que la bonificación de navidad referida en el artículo 5° de la Ley 131 de 1985, se cancelará dentro de los 15 primeros días del mes de diciembre⁴.

Posteriormente el Decreto 1793 de 2000, estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de **Soldados Profesionales** de las Fuerzas Militares y permitió la incorporación de los soldados voluntarios con anterioridad a diciembre 31 de 2000, definiendo la calidad para ello y la funcionalidad de su labor, aunado a que su régimen salarial y prestacional debía reglamentarse por el Gobierno Nacional teniendo como base lo dispuesto por la Ley 4 de 1992.

Por su parte, el Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del Decreto 4433 de 2004, el cual en su título II – capítulo I, establece la asignación de retiro y pensión de sobreviviente al personal de las fuerzas militares, el cual en su artículo 13 señala:

¹ ARTICULO 2°.- Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él.
Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo, permitan.
(...)

² ARTICULO 4°.- El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

³ ARTICULO 5°.- El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.
Parágrafo. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo del servicio.

⁴ Artículo 3°. La bonificación de Navidad a que se refiere el artículo 5. de la Ley 131 de 1985 se pagará en la proporción allí prevista dentro de los quince (15) primeros días del mes de diciembre del respectivo año.
(...).

"ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

(Negrilla y subrayado por el despacho).

Así mismo, su artículo 16 indica:

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

(Negrilla por el despacho)

A su vez, el Decreto 1794 de 2000 en su artículo 1º inciso 1º dispuso:

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

(...)"

(Negrilla y subrayado por el Despacho).

En atención a los anteriores contextos, los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo de las fuerzas militares y que tuvieran veinte (20) años de servicios, tienen derecho a que se les pague una asignación mensual de retiro en un porcentaje equivalente al 70% del salario mensual, entendido este como el equivalente a un salario legal vigente, incrementado en un 40%, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

El ART. 2º del Decreto 1794 de 2000, establece la forma de cancelar la prima de antigüedad de los soldados profesionales del ejército nacional, de la siguiente manera:

"ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)."

Jurisprudencialmente, la Sección Primera del Consejo de Estado mediante fallo de tutela de calenda 11 de diciembre de 2014, dentro del expediente No. 2014-02292-01, conseja ponente Dra. María Elizabeth García González, se pronunció acerca de un caso similar con el que se disputa en el presente asunto, donde se arguyó la aplicación inequívoca del mismo precepto por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a un soldado profesional en retiro, en la cual el máximo tribunal administrativo señaló:

"(...) Dicho análisis, se ceñirá a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que revocó parcialmente la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Treinta Administrativo de Oralidad de Bogotá, y denegó las pretensiones de la demanda. Ello, por cuanto en el fallo de segunda instancia se subsumen los motivos de reparo del actor, concretamente en dos aspectos: i) la indebida aplicación de la Ley en materia de reliquidación de la asignación de retiro, que, a su juicio, afectó doblemente la prima de antigüedad...

A continuación se transcriben apartes pertinentes del citado fallo:

"Corresponde a la Sala desatar el recurso de alzada formulado contra la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, resolver los siguientes problemas jurídicos: i) Si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada con el 70% del salario mensual, y que sobre este valor, se adicione el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; ii) Si es procedente que para efectos de la liquidación de la asignación de retiro del actor, la asignación salarial mensual se compute conforme lo previsto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; y iii) Si al actor le asiste el derecho a que el subsidio familiar sea incluido como partida computable dentro de la asignación de retiro de la cual es titular, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, respecto del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

...
Ahora, ya en materia pensional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció como partidas computables para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, la asignación básica y la prima de antigüedad y respecto de la primera de ellas, el numeral 13.2.1., consagró una remisión a lo señalado en el inciso 1º del artículo 1º del decreto 1794 de 2000, el cual según quedó visto, señala una asignación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40%.

...
De otra parte, teniendo en cuenta lo expuesto por la parte demandada, la Sala interpreta que cuando el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004, establece que la asignación de retiro que se reconoce a los soldados profesionales, es equivalente al "setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad", el término "adicionado" que dicha disposición emplea está haciendo referencia al salario mensual y no al porcentaje de liquidación de la prestación.

En esta perspectiva es claro que para establecer la cuantía de la asignación de retiro o profesional, debe sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%. Pretender que el 38.5% equivalente a la prima de antigüedad, se aplique al 70% del salario mensual, como lo sugiere el a quo, implica desconocer lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues se modificaría por esta vía el 70% que dicho precepto ha autorizado como única cuantía de la asignación de retiro."

(...)

"Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado

con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes." (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación "," que precede al verbo "adicionado".

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo *"contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica"*, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo..."

2.5. Análisis del Caso Concreto

2.5.1. Primera pretensión:

Reliquidación de la asignación de retiro con el 70% del salario mensual, y que sobre este valor, se adicione el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad.

La parte demandante pretende se le liquide la asignación de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al setenta por ciento (70%) de la asignación básica se le adicione el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, la misma fue negada por el ente demandado mediante Oficio N° 43823 de fecha 15 de agosto de 2013, del que se solicita su nulidad.

Conforme la prueba allegada legalmente –constancia de tiempo de servicio- se tiene que el señor Cesar Tulio Sequeda Falco estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el 16 de enero de 1989 como soldado regular hasta el 14 de julio de 1990; inició como soldado voluntario el 15 de julio de 1990 hasta el 31 de octubre de 2003 y a partir del 1° de noviembre de 2003 continuó como soldado profesional hasta el 05 de marzo de 2009, con un total de tiempo prestado de 20 años, 2 meses y 22 días hasta el 05 de marzo de 2009 (f. 148).

En razón a lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de la resolución No. 1507 del 08 de junio de 2009 le reconoció la asignación de retiro al demandante a partir del 05 de junio de 2009, al observar en la hoja de servicios que su tiempo era de 20 años, 2 meses y 22 días, tal y como se señala en el acto administrativo (fs. 11 a 13).

Que para dicho reconocimiento la entidad aplicó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 "...asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad..." . Siendo la inconformidad de la parte actora la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares del mencionado artículo, pues el valor de la prima de antigüedad no debe sumarse con el salario mensual, sino al resultado obtenido de sacar el 70% de dicho salario; tal interpretación se evidencia en la liquidación efectuada por la entidad demandada mediante oficio No. 0043823 del 15 de agosto de 2013 (fl.5 y rev.), así:

Liquidación Soldados Profesionales 2013

Salario Mínimo Legal Vigente		\$589.500
SMLV + 40% del SMLV (Art. 16 del D.4433/2004)	140%	<u>\$825.300</u>
Sueldo Básico Soldados Profesionales		\$577.710
Porcentaje de Liquidación	70,00%	
Prima de Antigüedad	8,50%	<u>\$222.418</u>
Asignación de Retiro		\$800.128

De lo anterior significa que CREMIL liquidó la asignación de retiro del demandante tomado como base el salario mínimo legal vigente del año 2013 (\$589.500) incrementado en un cuarenta por ciento (40%) y para calcular la prima de antigüedad tomó el valor de la asignación básica, en un porcentaje de 38.5% y al guarismo así obtenido le asignó el setenta por ciento (70%), de donde se deduce que con la forma como la entidad demandada indica que efectuó la liquidación de la asignación de retiro del señor Cesar Tulio Sequeda Falco, no aplicó de manera correcta la interpretación del Art. 16 del Decreto 4433 de 2004 que regula las asignaciones de retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional, que para el caso debería efectuarse con el 70% del salario mensual (S.M.LM.V. incrementado en un 40%), adicionado con el 38,5% de la prima de antigüedad, porcentaje este último que se obtiene partiendo del valor del 100% del salario mensual.

En corolario debe liquidarse dicha asignación de retiro del señor Cesar Tulio Sequeda Falco, bajo los siguientes parámetros:

AR = ((SM*70%)+(PA*38.5%)), donde
 AR=Asignación de retiro.
 SM= Salario mensual.
 PA= Prima de antigüedad.

CONCLUSIÓN: Así las cosas, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo Oficio No. 43823 de fecha 15 de agosto de 2013, mediante el cual CREMIL negó la

liquidación de la asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que establece que la asignación de retiro equivale al setenta por ciento del salario mensual indicado en el artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a CREMIL liquidar la asignación de retiro del actor conforme lo dispone la mencionada disposición y la jurisprudencia antecedida por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante fallo de tutela de calenda 11 de diciembre de 2014, dentro del expediente No. 2014-02292-01, conseja ponente Dra. María Elizabeth García González.

5.2.2. Pretensión Segunda:

Reliquidación de la asignación de retiro a partir del reconocimiento y pago del incremento del salario mínimo mensual legal vigente del 40% al 60%,

La parte demandante pretende el reconocimiento y pago del incremento del salario mínimo mensual legal vigente del 40% al 60%, no como se hizo para liquidar su asignación de retiro por indebida aplicación del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, el cual fue negado por la entidad demandada a través de Oficio N° 41774 de fecha 5 de agosto de 2013, del que se solicita su nulidad.

El inciso segundo del art. 1º del Decreto 1794 de 2000, por su parte indica:

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

Ahora, de las pruebas obrantes en el proceso, se tiene que el actor prestó sus servicios a las Fuerzas Militares como bien lo indica la Resolución 1507 del 08 de junio de 2009 que le reconoció la asignación de retiro durante 20 años, 2 meses y 22 días (fs. 11 a 13), lo que indica que el señor Cesar Tulio Sequeda Falco, prestó por más de 20 años sus servicios como soldado profesional así: Como **soldado regular** del 16 de enero de 1989 al 14 de julio de 1990; como **soldado voluntario** del 15 de julio de 1990 al 31 de octubre de 2003 Y como **soldado profesional** del 1º de noviembre de 2003 hasta el 05 de marzo de 2009, tal como lo detalla la hoja de liquidación de servicios No.3-00092504646 del 21 de abril de 2009, de la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional (fl.9).

De lo anterior se puede colegir que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por cuanto se encontraba vinculado como soldado con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, pues de conformidad con la certificación allegada por la entidad a folio 148, el señor Cesar Tulio Sequeda Falco se vinculó en dicha calidad a partir del 16 de enero de 1989. Razón por la cual en ese momento le asistía tener derecho a una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Legitimación en la Causa por Pasiva

Sobre esta pretensión de nulidad, estima el despacho que la misma se encuentra orientada a que la autoridad judicial ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" re liquide la asignación del SP® Cesar Tulio Sequeda Falco, ordenando para tal efecto se realice una modificación al salario base de liquidación que percibía en actividad el accionante, el cual fuera tomado de manera inicial por CREMIL para establecer la liquidación de la asignación de retiro, es decir pretende que se modifique una base salarial, para re liquidar una asignación de carácter pensional.

Con relación a la parte pasiva de la relación procesal, el despacho observa que es demandada **La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"**, entidad encargada del reconocimiento, liquidación y pago de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares del Ejército Nacional **que consoliden el derecho a tal prestación**, tal como acontece en el caso del accionante que mediante resolución No. 1507 de fecha 08 de junio de 2009, reconoció la asignación de retiro del señor Cesar Tulio Sequeda Falco, efectuando la liquidación base de la misma **con los datos contenidos en la hoja de servicio de cada militar y de la liquidación de servicios que es enviada por la dirección de prestaciones sociales del Ejército Nacional**.

Ahora bien de otra parte se observa que la **Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional**, es la encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal y sus beneficiarios, así como de elaborar los soportes para el trámite de las asignaciones de retiro ante CREMIL.

Teniendo en cuenta lo anterior y que a la luz del derecho procesal la legitimación en la causa, se entiende como la calidad que tiene una persona para concurrir a un proceso para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, es decir, consiste en la posibilidad que tiene la parte demandante de reclamar al demandando el derecho invocado en la demanda, por haber sido parte de la relación material que dio lugar al litigio, el Despacho estima que CREMIL no ostenta dicha calidad pues si bien le corresponde atender las solicitudes de reliquidación de asignación de retiro, y efectuar la determinación de la base de la misma, esta lo realiza con datos ciertos proporcionados sobre prestaciones que **EFFECTIVAMENTE PERCIBIA EL MILITAR EN RETIRO CUANDO SE ENCONTRABA ACTIVO**, encontrándose fuera de su esfera de competencia efectuar modificaciones **SOBRE EL SALARIO BASE QUE PERCIBIA EN ACTIVIDAD EL MISMO MILITAR CUANDO SE ENCONTRABA ACTIVO**, en tanto dicha facultad, la ostenta quien pretende en la demanda se le liquide su asignación de retiro con base al salario mínimo del 40 al 60% conforme lo estipula el inciso 2º del art. 1º del Decreto 1794 de 2000; en tal sentido no puede entrar el Despacho a referirse a una situación que no está probada en la demanda, como es, si el señor Cesar Tulio Sequeda Falco devengaba su salario antes de la fecha de su asignación de retiro como soldado profesional con el 60% a su asignación básica; para lo cual, y determinar dicha afirmación, sería el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, la entidad a confirmar tal acto, por ser ella, la que realiza los pagos de los miembros de las fuerzas militares en servicio activo.

Del tema, el Honorable Consejo de Estado- Sección Segunda – Subsección B, en sentencia del 9 de agosto de 2016, dentro del radicado No.11-001-0315-000-2016-01789-00, C.P.: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, señala:

“En consecuencia, se advierte que en el presente asunto se presentan unos supuestos fácticos y jurídicos que difieren de los demás que la subsección ha estudiado con anterioridad, en la medida en que en esta oportunidad el tribunal accionado revocó parcialmente la sentencia de primera instancia que había accedido al reajuste del salario mensual como partida computable para la reliquidación de la asignación de retiro, no por determinar que no le asistía el derecho al aumento del 60 % sino que encontró una falta de legitimación en la causa por parte de la entidad demanda al no ser la competente para el pago de la asignación básica mensual de los miembros de la Fuerza Pública.

En este orden de ideas, la conclusión a la que arribó la corporación judicial accionada resulta razonable y acorde a derecho, en atención a que tal como lo mencionó en el referido pronunciamiento judicial, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es la competente de realizar las gestiones correspondientes al reconocimiento y pago de asignaciones de retiro, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 3º de la Ley 923 de 2004⁵, solamente; de tal forma, la reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, máxime si se tiene en cuenta que en el expediente del proceso ordinario se encontró acreditado que durante el servicio activo, al tutelante le era pagada la asignación básica aumentada en un 40%.

Adicionalmente, no se puede omitir que la sentencia de 10 de mayo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima se sustentó en un fallo de tutela en el que la sección cuarta del Consejo de Estado examinó una causa de contornos similares en la que las autoridades judiciales que conocieron el proceso ordinario concluyeron que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares carecían de legitimación en la causa por pasiva para comparecer como demandada frente a la pretensión de reajuste del salario básico mensual. Al respecto, sostuvo:

“El señor Jairo Jaraba Morales adujo que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo, por falta de aplicación del artículo 1º, inciso 2, del Decreto 1794 de 2000, que, a su juicio, establece que quienes, a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la condición de soldados voluntarios, y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales, tienen derecho a devengar un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60 %.

El señor Jaraba Morales arguyó, además, que se desconoció el precedente fijado por la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, en casos similares, ordenó que se reconociera y pagara ese reajuste salarial.

⁵ La norma se encuentra citada en la sentencia cuestionada, que se transcribió anteriormente.

Sería del caso analizar dichos argumentos. Sin embargo, la Sala observa que en la sentencia cuestionada no se resolvió de fondo la pretensión de reajuste del salario en un 20 %, pues, a juicio del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, en cuanto a esa puntual reclamación, CREMIL no estaba legitimada en la causa para comparecer como demandada al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, el tribunal demandado sostuvo que, conforme con lo previsto en el artículo 3º de la Ley 923 de 2004⁶, CREMIL cumple labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, mas no es responsable de la remuneración de los miembros activos de la fuerza pública, que es una obligación del Ministerio de Defensa Nacional.

Para la Sala, tal conclusión es razonable, ponderada y está desprovista de arbitrariedad o capricho, pues, de acuerdo con la normativa citada en la sentencia atacada, no cabe duda de que CREMIL no es la autoridad competente para atender las reclamaciones relacionadas con el reajuste de la asignación básica devengada por los miembros activos de las fuerzas militares.

La reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, mas no ante CREMIL, que, se insiste, únicamente se encarga de reconocer y pagar las prestaciones a que tienen derecho los miembros retirados de las fuerzas militares”.

Ahora, si bien es cierto que la parte actora invocó las sentencias de 18 de enero y 11 de febrero de 2016⁷ en las que esta subsección del Consejo de Estado sostuvo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene la facultad legal y constitucional para reajustar las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, se advierte que esta Sala de decisión, después de hacer un análisis integral del asunto, corrigió la posición jurídica asumida previamente en sentencia 23 de mayo de 2016, expedida dentro del radicado 2016-00989-00⁸, en la que consideró ajustado a derecho declarar la falta de legitimación por pasiva de la mencionada entidad en aquellas causas en las que el demandante no agotó correctamente la vía administrativa y, en consecuencia el medio de control ante la jurisdicción, en el referido asunto se afirmó:

“Al respecto, considera la Subsección B que le asiste razón al tribunal acusado al realizar las consideraciones anteriormente señaladas, toda vez que aunque la petición del señor Javier Barón Berrío va dirigida a obtener el reajuste de la asignación que le fue reconocida, no puede pasarse por

⁶ La norma se encuentra citada en la sentencia cuestionada, que se transcribió anteriormente.

⁷ Sentencias de 11 de febrero de 2015, radicado 11001-03-15-000-2015-03531-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; de 18 de febrero de 2016, radicado 11001-03-15-000-2015-02877-00, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Proferida por la subsección B, sección segunda del Consejo de Estado con ponencia del consejero William Hernández Gómez, actor: Javier Barón Berrío.

alto que CREMIL realiza dicho reconocimiento con fundamento en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa, entidad nominadora, y por tanto, no puede realizarse el reajuste conforme a un valor que no se encuentra consignado como asignación básica en la hoja de servicios.

Lo anterior, toda vez que CREMIL es una establecimiento público del orden nacional que se encuentra adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, y en cuyo objeto y funciones⁹ no se encuentra el de reajustar las asignaciones que devenguen los miembros de las fuerzas militares en actividad.

Así las cosas, considera la Subsección B que la decisión adoptada por el tribunal de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, en relación con la petición presentada por el accionante para que se reajuste su asignación de retiro con fundamento en lo dispuesto en el inciso 2º numeral 1º del Decreto 1794 de 2000, no vulnera los derechos del accionante, ni desconoce lo dispuesto en la norma citada; pues la sentencia se fundamentó en las competencias asignadas a CREMIL y al Ministerio de Defensa, situación que impidió que se pudiera emitir un pronunciamiento resolviendo de fondo sobre la pretensión del actor.

Ahora bien, debe resaltarse que como en el asunto bajo estudio no se resolvió sobre si le asiste o no derecho al actor de que se reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta la asignación mensual prevista en el inciso 2º, numeral 1º del Decreto 1794 de 2000, y tratándose de una petición que comprende una prestación periódica; el señor Javier Barón Berrío puede solicitar ante la entidad competente que se reajuste en primer lugar su asignación mensual; y de obtenerse un pronunciamiento favorable, solicitar ante CREMIL el respectivo reajuste de la asignación de retiro”.

CONCLUSIÓN Al respecto, el Despacho tiene entonces que el sujeto legitimado en la causa por pasiva para responder por acciones u omisiones atribuibles a la dirección de prestaciones sociales del Ejército Nacional es el Ministerio de Defensa, entidad esta, a la cual, la parte actora antes de peticionar la reliquidación de su asignación de retiro ante CREMIL, debió acudir para solicitar la reliquidación de su base salarial, percibida como soldado profesional en actividad buscando fuera incrementada con el 60% que consagra el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del año 2000, y de ser así esta pudiera ser tomada una vez ajustada a derecho si así correspondiere, para realizar la reliquidación de su asignación de retiro por CREMIL; razón para que este Despacho declare probada oficiosamente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a CREMIL, respecto a la pretensión de declarar la nulidad del Oficio No.41774 de fecha 05 de agosto de 2013.

Por claridad se deja constancia que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva que no declarara este despacho en audiencia inicial, se circunscribió a la

⁹ Acuerdo núm. 08 de 2002 “por el cual se adoptan los Estatutos Internos de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”, artículos 5 y 6, respectivamente.

propuesta por CREMIL debido a que estimo que no atañe a dicho ente definir la inclusión de la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro del actor, cuando dicha pretensión nunca fue objeto de la presente demanda, razón por la cual no fue declarada la excepción por este despacho como prospera.

5.2.3. Pretensión tercera:

Reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de navidad (duodécima parte) de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 Art. 13 N 13.1.8.

En relación a la pretensión en la que la parte demandante, solicita se declare la nulidad del Oficio No.45738 del 23 de agosto de 2013, mediante el cual la entidad demandada negó el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la resolución de su asignación de retiro de la prima de navidad (duodécima parte) de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.

Teniendo de presente, lo contemplado por el numeral 13.1.8 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, deja ver que la duodécima parte de la prima de navidad, no está caracterizada como partida computable para el reconocimiento y liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, esta partida según dicha norma, únicamente es reconocida a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Tal situación para prosperidad del actor, debía este demostrar en el plenario que devengaba dicha prestación, pero de acuerdo a las pruebas obrantes en el proceso y divisando la Liquidación de Servicios No. 3-00092504646 del 21 de abril de 2009 obrante a folio 9 del expediente a nombre del demandante, **no se señala como partida computable para su asignación de retiro la prima de navidad, solamente el sueldo básico y la prima de antigüedad**, razón por la cual no tiene fundamento para computarse esta prestación a la asignación de retiro reconocida al señor Cesar Tulio Sequeda Falco, por lo que este Despacho negará dicha pretensión.

En cuanto a las excepciones de mérito propuestas por el extremo pasivo de la Litis, como reajuste solicitado con el s.m.m.l.v más el 60% Art. 13 Decreto 4433 de 2004 concordante con El inciso 1º del Decreto 1794 de 2000); reajuste solicitado con el s.m.m.l.v más el 70% Art. 16 del Decreto 4433 de 2004 (prima de antigüedad) e inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina, fueron apreciaciones normativas por parte del ente demandado en la contestación de demanda y las mismas normas fueron conceptuadas en el fondo de la Litis por este Despacho, lo que no hay razón a sus pronunciamientos.

6. DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Debido a las circunstancias expuestas por el Despacho en el presente asunto; esta Agencia Judicial declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 43823 del 15 de agosto de 2013, y ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

realizar el reajuste de la asignación de retiro del señor Cesar Tulio Sequeda Falco atendiendo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 aplicando la fórmula $AR = (SM \times 70\%) + (PA \times 38.5\%)$, donde **AR** es Asignación de retiro, **SM** es el Salario mensual y **PA** es la Prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el salario mensual corresponda a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, de conformidad con lo establecido en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Los mayores valores que resulten de la reliquidación y reajuste de las mesadas pensionales del demandante, serán ajustados teniendo en cuenta para ello las fechas de causación y de pago efectivo de los mismos. Lo anterior, siguiendo la fórmula utilizada por el Consejo de Estado.

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que se efectuó el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

En razón de tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

No se ordenará incluir a dicha asignación de retiro, el salario mínimo mensual legal vigente más el 60%, ni la duodécima parte de la prima de navidad solicitada, conforme ya se indicó.

.- Prescripción

Respecto a la prescripción de mesadas, en atención a la asignación de retiro fue concedida mediante resolución No. 1507 del 08 de junio de 2009, efectiva a partir del 05 de junio de 2009, y la petición del reconocimiento de la reliquidación del 70% por indebida aplicación del art. 16 del Decreto 4433 de 2004 de la asignación de retiro fue presentada el 22 de julio de 2013, por lo que ya han transcurrido más de 4 años entre la fecha inicial y la reclamación por lo que no operó la prescripción cuatrienal de los derechos salariales causados cuatro años atrás de conformidad con el artículo 155 del decreto 1212 de 1990¹⁰.

¹⁰ El artículo 155 del Decreto 1212 de 1990, establece que los derechos consagrados en dicha normativa, prescriben en cuatro años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. Además agrega que el reclamo escrito recibido por autoridad competente, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

(...).

.- Costas

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, por cuanto la conducta procesal de ésta no está teñida de mala fe, dado que no es constitutiva de abuso del derecho, ni puede calificarse como torticera, maliciosa ni malintencionada, presupuesto éste indispensable para adoptar este tipo de decisión.

7. DECISIÓN.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar la nulidad del oficio No. 43823 DE FECHA 15 DE AGOSTO DE 2013, a través del cual la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la reliquidación del setenta por ciento (70%) de la asignación de retiro del señor CESAR TULIO SEQUEDA FALCO, identificado con cedula de ciudadanía No. 92.504.646, .

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se **condena** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" a re liquidar y pagar a favor del Soldado Profesional (RA) **CESAR TULIO SEQUEDA FALCO, identificado con C.C. 92.504.646**, la asignación de retiro reconocida mediante Resolución No. 1507 del 08 de junio de 2009, en suma equivalente lo que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 aplicando la fórmula $AR = (SM * 70\%) + (PA * 38.5\%)$, donde AR es Asignación de retiro, SM es el Salario mensual y PA es la Prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el salario mensual corresponda a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un cuarenta por ciento (40%), de conformidad con lo establecido en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

TERCERO: Las sumas reconocidas serán canceladas por la entidad demandada y deberán ser actualizadas hasta el momento de su pago efectivo, de acuerdo con la fórmula que para el efecto ha señalado el Consejo de Estado. La demandada dará cumplimiento a la sentencia de acuerdo a los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A.

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

CUARTO: Declarar que no hay lugar a declarar la prescripción conforme lo motivado.

QUINTO: Declárase de oficio probada la Excepción Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", con respecto a la declaratoria de nulidad del Oficio No. 41774 del 05 de agosto de 2013, expedido por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de CREMIL, por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Niéguese la nulidad del Oficio No.45738 del 23 de agosto de 2013, expedido por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de CREMIL, en cuanto al reconocimiento, pago e inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad a la asignación de retiro del señor CESAR TULIO SEQUEDA FALCO, por lo aquí expuesto.

SEPTIMO: **Ordenase** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL incluir en nómina el reajuste a la asignación de retiro del demandante, para que, en lo sucesivo, éste reciba su asignación de retiro en la forma en que se ordenó reajustar en esta providencia.

OCTAVO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

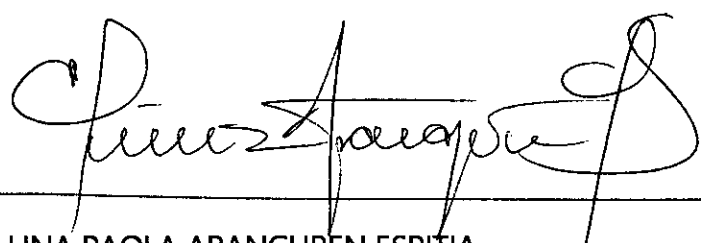
NOVENO: Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A. a **excepción del reconocimiento de intereses moratorios**, en tanto no hay lugar a ello por incompatibilidad con la indexación ordenada sobre de los valores que hay lugar a cancelar.

DECIMO: Sin costas a la parte vencida.

DECIMO PRIMERO: **Notifíquese** la presente providencia conforme lo ordena el artículo 203 del C.P.A.C.A

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



LINA PAOLA ARANGUREN ESPITIA

