



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso : 81001 3331 001 2016 00106 01
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Ramón Pérez Julio
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -Cremil-
Providencia : Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, mediante la cual se accedió a dos de las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Luis Ramón Pérez Julio instauró demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- (fl. 1-37), en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dentro de los **hechos** que se invocan, señala que la Caja le viene liquidando la asignación de retiro en forma equivocada en tres aspectos: Toma el 38.5% y adiciona el sueldo básico y al total le aplica el 70%, con lo que a la prima de antigüedad se afecta en un doble porcentaje; asume el salario mínimo más el 40% cuando debe ser con el 60%; y no incluye el subsidio familiar.

Como **pretensiones** solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos 61323 del 31 de agosto de 2015 y 65558 del 15 de septiembre de 2015, mediante los cuales se negó a corregir la liquidación de la asignación de retiro, y como consecuencia, se le ordene hacerlo en los tres aspectos que pide, entre otras.

En respaldo de las pretensiones, presenta como **normas violadas** la Constitución Política (Artículos 13, 25, 29, 53 y 58), el CPACA, la Ley 4 de 1992; y los decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004; y como **concepto de la violación**, manifiesta que la demandada desconoce abiertamente el derecho a devengar una pensión justa y acorde con las previsiones legales cuando dispone realizar una liquidación equivocada del monto de la asignación de retiro, sin tomar en consideración los parámetros legales establecidos para el efecto, dejar de utilizar el salario



a que realmente tenía derecho durante su etapa de actividad militar y al no incluir el subsidio familiar, colocándolo en situación de desigualdad frente a sus compañeros, con vulneración de principios constitucionales.

2. La contestación de la demanda

La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda (fls. 56-86); se opone a las condenas pedidas, acepta los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo y a los demás se opone, por cuanto dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990. Y se refiere a la forma de liquidar la asignación de retiro, a la prescripción del derecho y a las costas.

Presenta como excepciones, las de *"existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar"*, *"legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja-Correcta aplicación de las disposiciones vigentes"*, *"carencia de fundamento para solicitar la inclusión del subsidio familiar"* y *"no configuración de violación al derecho a la igualdad"*.

3. La sentencia apelada

El Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en sentencia del 13 de febrero de 2018 (fl. 126-137), declaró la nulidad de los oficios demandados y accedió a las pretensiones de aplicación de la fórmula del 70% más el 38.5% y de la inclusión del subsidio familiar, y negó el otro concepto pedido.

Expuso que la asignación de retiro de los soldados profesionales se liquida tomando el 70% del salario devengado, y a este resultado se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; sobre el reajuste del 20% expresa que en otro proceso independiente, el 751-2015-00070, ya hubo sentencia de primera instancia contra el verdadero legitimado, el Ejército Nacional reconociendo el incremento.

Frente a la inclusión del subsidio familiar, estableció que como obra prueba que se devengaba en el 62.5% del sueldo básico, así se declararía; y sobre el último aspecto, consignó que *"Lo anterior, fuerza concluir que efectivamente se está en presencia de una abierta discriminación sin justificación razonable, razón por la cual, el Despacho deberá dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad que tiene sustento en el artículo 4º de la Constitución de 1991, procediendo a*



inaplicar el parágrafo del artículo 13 de Decreto 4433 de 2004, que impide el cómputo de otras partidas para la asignación de retiro (...)"¹

4. Los recursos de apelación

4.1. El demandante impugnó (fl. 159-174) la sentencia en forma parcial, en relación con el reajuste pedido del 40% al 60% del salario mínimo para el cómputo de la asignación de retiro. Manifiesta que con sentencia condenatoria del 18 de mayo de 2017, ejecutoriada, el Juzgado Primero Administrativo de Arauca le reconoció el incremento pedido. Expresó que como soldado voluntario tenía el derecho del incremento del 60% sobre el salario mínimo, pero a partir de su denominación como soldado profesional se le disminuyó en el 20%, sin ninguna razón válida que lo justifique; y es claro que tenía aquel porcentaje es el que se debe tener en cuenta.

4.2. La Caja interpuso el recurso de apelación (fl. 153-158) en el que solicita revocar la sentencia de primera instancia en lo desfavorable; argumenta que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando esta entidad; y que para efectos del reconocimiento de la prestación, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para tal efecto, dentro de los cuales no contempla la posibilidad de factores adicionales, como es la partida del subsidio familiar. Sin embargo, agrega que con la Resolución 194 de 2015, se le reconoció al militar el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro.

5. Trámite procesal en la segunda instancia

Se admitieron los recursos de apelación y se ordenó la presentación de alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público (fl. 193).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. La parte demandante presentó alegatos de conclusión (fl. 199-216). Solicita la confirmación de la Sentencia proferida en relación con la condena impuesta a la entidad, puesto que se ajusta a los elementos probatorios recaudados en el trámite del proceso y a los preceptos legales aplicables; no obstante, reitera su inconformidad con la decisión de negar el reajuste del 20% solicitado en aplicación de lo normado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.



6.2. La entidad presentó sus alegatos (fl. 217-221), en los que expresa sus criterios sobre la legalidad de las actuaciones efectuadas y se refiere al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con lo que reitera que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha aplicado. Aduce que la Caja aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, en la que consagra el subsidio familiar en el porcentaje del 30% como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia (fl. 223).

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la sentencia apelada, conforme con los planteamientos de las partes en sus respectivas impugnaciones?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

2.2. Sobre las excepciones. En los recursos de apelación no se planteó discusión sobre el tema, por lo que no amerita pronunciamiento alguno. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 187, CPACA)³.

3. Principales pruebas recaudadas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos procesales, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

³ CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A, lo que a su vez, corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es el Código de Procedimiento Civil; y CGP es el Código General del Proceso.



- a. Resolución 194 de 2015 que reconoció la asignación de retiro (fl. 2-3).
- b. La petición del demandante y el recurso de reposición que radicó en el trámite administrativo (fl. 4-7, 9-10).
- c. Actos administrativos demandados: 61323 del 31 de agosto de 2015 y 65558 del 15 de septiembre de 2015 (fl. 8, 11).
- d. Documentos de la hoja de vida y certificaciones de pagos salariales del demandante (fl. 21-25, 62-77).

4. Caso concreto

4.1. Mediante el presente proceso, el demandante reclamó que se ordene el reajuste de su asignación de retiro con la aplicación correcta para determinar el monto, en tres aspectos: (i). Tomar el salario mínimo con el incremento del 60%; (ii). Se debe aplicar el 70% del salario básico y a esta suma adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, sin afectar doblemente ésta prestación; y (iii). Se debe incluir el subsidio familiar.

En la sentencia que se cuestiona se accedió en los dos últimos aspectos de las pretensiones, y se declaró que ya existía sentencia en otro proceso respecto del primero; todo ello fue objeto de apelación.

Precisa el Tribunal Administrativo de Arauca que cuando el tema se refiere al pago del salario -Es distinto al de la asignación de retiro, que si bien recibe impacto en su monto, las consecuencias porcentuales son diferentes- y al no aplicarse el incremento del 40% al 60%, significa en realidad un menoscabo pecuniario del 33.3% -no del 20%, que es la diferencia entre aquellos porcentajes- de la adición que legalmente le correspondía, lo que a su vez se traduce en un 14.28% en pesos dejados de pagar en cada mensualidad⁴.

4.2. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia⁵.

Se revisa el texto de los recursos de apelación y se extrae como conclusión, que cuestionan lo siguiente:

⁴ Si a alguien se le deben pagar \$60 y solo se le cancelan \$40, significa que se le quedó debiendo una tercera parte (33.3%) de lo que debía incrementarse; y cuando al SMMLV se le adiciona solo el 40% cuando debía ser el 60% (ejemplo: 2017, a \$737.717 con el 40% da \$1.032.803.80 y con el 60% son \$1.180.347.20), hay una diferencia dejada de pagar de \$147.513.40, que corresponde al 14.28% de lo pagado con el 40%.

⁵ Cuando se trata de resolver un recurso de apelación, y teniendo en cuenta que el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (cuanto apela, tanto se decide) descansa sobre dos pilares: la congruencia y la facultad de disposición, significa que la segunda instancia -*ad quem*- deberá pronunciarse solo sobre aquellos cargos expresamente invocados contra la decisión del *a quo* (la primera instancia), pues frente a lo que no se cuestiona en la apelación, se tiene por aceptado y consentido; vale decir, que sólo es dable decidir y conocer aquellas circunstancias a las que ha limitado en forma concreta y expresa la apelación del recurrente, excepto cuando se trata de nulidades (art. 145, C.P.C; 137 del CGP), excepciones de oficio (art. 164, CCA; 180.6, 187 inc.2, CPACA), y sentencias inhibitorias o ilegales que se revocan y pueden ser desfavorables al apelante único, pues son temas que deben abordarse así no se planteen en el recurso de apelación; hay otras excepciones a la regla general (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, exp. 1999-0200801) derivadas (i) de la facultad del *ad quem*



Parte demandante

- Como soldado voluntario tenía el derecho del incremento del 60% sobre el salario mínimo, y ese es el porcentaje que se debe tener en cuenta.

Parte demandada

- Se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad.

- El subsidio familiar no está contemplado como partida computable de la asignación de retiro; pero al mismo tiempo, aduce que se reconoció en favor del demandante en el 30%.

4.3. Frente al reproche que hace el demandante contra la sentencia apelada, en el expediente se probó que la asignación de retiro se le liquidó con el salario mínimo mensual legal vigente más el 40% (fl. 25).

Sin embargo, el apelante no tuvo en cuenta en su recurso, que el Juez le negó esta pretensión por la circunstancia de haberse ya satisfecho la misma en vía judicial (fl. 133-envés), toda vez que ese Despacho había proferido sentencia de primera instancia en otro proceso que también instauró el demandante por tal concepto, el radicado con el número 751-2015-00070.

Y en trámite de la impugnación, fue el propio apelante quien anexó en dos oportunidades, la sentencia del 18 de mayo de 2017, que se encuentra ejecutoriada, como lo certificó la Secretaría de ese Juzgado (fl. 163-174, 206-216).

En dicha providencia se resolvió ordenarle al Ejército Nacional, *"reconocer y pagar al demandante como asignación mensual lo equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en lugar del 40% que se le venía reconociendo"* (fl. 173). Con lo cual logró la pretensión que por tal concepto buscaba en este proceso. A pesar de ello, el apelante se ocupó de reiterar los argumentos que en el actual proceso expuso sobre su pretensión en el mismo sentido.

En esta instancia se constata que con dicha sentencia, que se encuentra ejecutoriada y por lo mismo ya hizo tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, favorable a sus intereses en lo que aquí también reclama por el aludido concepto, pues tienen igual fundamento fáctico y jurídico, no es procedente ordenar de nuevo lo que ya se le concedió.

para manifestarse sobre aspectos implícitos de los argumentos de la apelación y, (ii) de los cuerpos normativos que le imponen el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto en específico; también deben observarse principios de convencionalidad sobre el tema.



Por lo tanto, el reproche contra la sentencia que se apeló no prospera.

4.4. En el primer cargo que plantea el recurso de apelación presentado por la parte demandada, sostiene que la entidad ha aplicado de manera correcta la liquidación de la asignación de retiro respecto de los porcentajes de 70% del salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad.

4.4.1. Para el efecto, y en cuanto a la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre cuya aplicación al caso no tiene controversia en el proceso, señala que *"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"*.

El Consejo de Estado (M.P. William Hernández Gómez, 9 de marzo de 2017, rad. 66001233300020130007901, 2898-14) señalando el marco de interpretación de dicha norma jurídica, consagra que *"«[...] Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, "debe primero 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%", y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.*

*"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, esta Colegiatura 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 es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó 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, 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 y lógico entendimiento del mismo.

"Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación. [...]»

"En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual".

Nuestra Alta Corte también ha expuesto en vía de acción de tutela (11 de diciembre de 2014, M. P. María Elizabeth García González. Exp. 2014-02292-01) que "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".

Agrega que "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. (...)".

4.4.2. En el expediente se demostró que al demandante ya se le otorgó la asignación de retiro.

En efecto, se le reconoció por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, mediante la Resolución 194 de 2015, y en ese acto



administrativo se ordenó en el artículo primero, que la liquidación de dicha prestación económica se hiciera en cuantía del 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (fl. 2-3).

No obstante, al momento de la liquidación de la asignación de retiro del demandante, la entidad se apartó no solo de la normativa aplicable y de los criterios jurisprudenciales, sino también de su propio mandato, lo que se acredita con el documento que obra a folio 25, emanado de la propia entidad estatal demandada -Se toma el SMMLV de 2015, incrementado en el 40%-, en el cual se observa que el 70% lo obtiene luego de sumar el salario mensual con el 38.5% de la prima de antigüedad.

Ello demuestra una aplicación indebida de la norma jurídica vigente (Decreto 4433 de 2004, artículo 16) y de la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional sobre el tema, que ordenan y han estructurado, en lo que debe corregir, que el 70% debe hacerse, es decir, restarse en la fórmula, solo sobre el salario mensual, y luego a ese subtotal, se le suma de manera completa el 38.5% de la prima de antigüedad que certifique la Hoja de Servicios; en este caso y con los mismos datos, el resultado es \$978.767.

Al resultado obtenido, se le suman otros conceptos, como subsidio familiar, si se percibió.

Se evidencia entonces, la pretermisión que hace la demandada al liquidar la asignación de retiro del demandante, pues la fija en un menor valor al que en realidad le corresponde⁶.

En consecuencia, no tiene respaldo fáctico ni jurídico en el expediente el criterio expresado en el recurso de apelación de la demandada, cuando indica que aplica la fórmula de liquidación de la asignación de retiro en forma correcta; y no lo es, porque la norma jurídica no la autoriza a utilizar la variable del 70% sobre el 38.5% de la prima de antigüedad.

En razón de lo expuesto, no prospera el cargo planteado por la Caja.

4.5. En el segundo cargo que presentó la entidad apelante, cuestiona la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del demandante, en su calidad de Soldado Profesional.

Sin embargo, se resalta que en el mismo recurso y en sus alegatos, aduce que ya incluyó dicha partida en la prestación, en el 30%, lo cual se refleja en la certificación que se aportó al expediente (fl. 25). Esta circunstancia no impide el pronunciamiento de fondo.

⁶ Cremil aplica: Valor asignación de retiro = (Sueldo + Prima de antigüedad) * 70%:
Esto es: (\$902.090 + \$347.304.65) * 70% = \$874.576.

La fórmula correcta es: Valor asignación de retiro = (Sueldo * 70%) + Prima de antigüedad
Esto es: (\$902.090 * 70%) + \$347.304 = \$978.767. Más otros conceptos, si proceden.



4.5.1. Sobre la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, ha existido controversia en casos donde la entidad no la tiene en cuenta, aduciendo la falta de consagración legal para los soldados profesionales, lo cual condujo a que la Jurisdicción Contencioso Administrativa al dirimir las disputas sobre el tema (Tribunal Administrativo de Arauca, exp. 2014-00117, 18 de diciembre de 2017), decidiera inaplicar el "artículo 13.2 y el parágrafo de dicho artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que como se dijo, excluye computarle a los soldados profesionales la partida de subsidio familiar dentro de su asignación de retiro en este caso -porque lo mismo ocurre para la pensión de invalidez y otros derechos-, para en su lugar, y mediante la aplicación de las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 1, 2, 13, 48 y 53 de la C. Po, aplicar en el presente caso concreto, el artículo 13 en sus numerales 13.1 y 13.1.7 del mismo decreto 4433 de 2004, que sí permite dicha inclusión en la prestación económica que aquí se discute, en este caso, al demandante.

"Significa que con la decisión que se adopta en vía judicial, el demandante tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro, el cómputo de la partida de subsidio familiar que hubiera estado devengando mientras prestó su servicio al Ejército Nacional como Soldado Profesional.

"Esta precisión es importante resaltar, por cuanto si quien demanda no devengó la prestación social del subsidio familiar, no tendría derecho a que se le compute suma alguna por este concepto en su asignación de retiro ni en otra prestación, como ya lo decidió esta Sala (M. P. Luis Norberto Cermeño, 12 de marzo de 2015, exp. 2013-00237)".

El Consejo de Estado en múltiples decisiones ha reconocido este trato desigual y ha decidido inaplicar la norma jurídica referida para incluir el derecho (Entre otras, M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 27 de octubre de 2016, rad. 25000234200020130014301, 3663-14; M. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, exp. 2015-00380-00, 29 de abril de 2015); lo cual condujo incluso, a anular el Decreto 3770 de 2009 (M. P. César Palomino Cortés, 8 de junio de 2017, rad. 11001-03-25-000-2010-00065-00, 0686-10).

4.5.2. En el caso del demandante, cuya prestación se le reconoció en 2015, tal discusión no se presenta, toda vez que CREMIL sí incluyó la partida del subsidio familiar en el cómputo del monto de la asignación de retiro (fl. 2-3, 25).

Aquí la discusión es sobre la norma jurídica aplicable sobre el porcentaje.

La entidad trajo en respaldo de su decisión, el Decreto 1162 de 2014, que consagra:



“Artículo 1°. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

El demandante reclama el Decreto 1161 de 2014, que establece:

“Artículo 5°. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

Si bien las dos disposiciones se refieren a Soldado Profesional, como es el caso del demandante, la primera de ellas prescribe la aplicación del 30% en el cómputo de la asignación de retiro, mientras que la segunda, permite el 70%.

La razón legal de la diferencia entre tales disposiciones, es que la del Decreto 1162 de 2014 se establece para quienes *“al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009”*, mientras que la del Decreto 1161 de 2014, es para los soldados profesionales que empiecen a devengar la prestación social a partir del 25 de junio de 2014.

En el caso del demandante, en el expediente está acreditado que devengaba la prestación social, y por ello en la asignación de retiro se hizo constar que la partida de subsidio familiar *“en actividad”* se le incluía, pero se le computaba en el 30%, de conformidad con el Decreto 1162 de 2014 (fl. 2-3, 25).

Se observa que una norma posterior –Si bien expedida el mismo día– establece un trato discriminatorio negativo entre militares del mismo rango –Soldado Profesional–, para lo que solo aduce como motivo, la fecha en la que se ha obtenido, o causado, el derecho, lo cual no se juzga razonable ni proporcionado, máxime cuando dicho trato diferenciado ni siquiera se estableció con base en la fecha de ingreso del militar a la Institución, que llevaría a un análisis ahí sí, sobre la autonomía legislativa para fijar distintas consecuencias en algunos casos.

En efecto, no es dable prohiar un trato discriminatorio negativo entre militares del mismo rango –Soldado Profesional– fijado única y



exclusivamente en virtud de la fecha en que se cause el derecho a obtener el subsidio familiar, razones suficientes para que el trato diferente no supere el test de razonabilidad que le permitiría subsistir en la aplicación del ordenamiento jurídico colombiano, que impone los principios del Estado Social de Derecho, donde su principal valor descansa en la solidaridad social, en la igualdad material ante la vida, en la promoción y aplicación efectiva y garantía de la Dignidad Humana y en un orden económico y social justo (Preámbulo, arts. 1, C. Po).

La propia Constitución Política ordena que *"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"* (art. 13, C. Po), al tiempo que se obliga a tener en cuenta *"la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho ... (y) La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores"* (art. 53, C. Po).

Con todo lo expuesto, encuentra la Sala que es plausible acudir a la figura jurídica de la excepción de inconstitucionalidad, la cual se encuentra consagrada en el artículo 4 de la C. Po, así: *"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"*.

Esta decisión conduce a la inaplicación del Decreto 1162 de 2014, que como se dijo, solo les computa a los soldados profesionales que la obtuvieron en vigencia de norma jurídica anterior, la partida de subsidio familiar dentro de su asignación de retiro en el 30% de lo devengado por ese preciso y exclusivo concepto (No del salario). En su lugar, y mediante la aplicación de las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 1, 2, 13, 48 y 53 de la C. Po, se emplea en el presente caso concreto, el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014, que permite dicha inclusión en la prestación económica que aquí se discute, en el 70% de lo que recibía por subsidio familiar; se repite, el porcentaje se aplica es solo sobre lo que devengaba por esa prestación, y no sobre lo que percibía por sueldo o asignación salarial.

La medida judicial que se adopta, tiene mayor respaldo si se tiene en cuenta que la Ley 923 de 2004 estableció como objetivo y criterio para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, que no podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución (Artículo 2.7) y como un elemento mínimo del mismo.



Significa que con la decisión que procede en vía judicial, el demandante si la percibió, tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro, el cómputo de la partida de subsidio familiar en el 70% de lo que devengaba exclusivamente por ese concepto.

Esta precisión es importante resaltar, por cuanto si quien demanda no devengó la prestación social del subsidio familiar, no tendría derecho a que se le compute suma alguna por este concepto en su asignación de retiro ni en otra prestación, como ya lo decidió esta Sala (M. P. Luis Norberto Cermeño, 12 de marzo de 2015, exp. 2013-00237).

4.5.3. En el expediente de manera especial en la Hoja de Servicio, está acreditado que el demandante en actividad devengó la partida de subsidio familiar (fl. 21).

Por lo tanto, tiene derecho a que de su asignación de retiro, haga parte el 70% de lo que percibía por dicho concepto computable.

De ahí que no prospera este cargo de la entidad apelante.

4.5.4. Sin embargo, se modificará la sentencia apelada, pues el *a quo* no tuvo en cuenta tres aspectos fundamentales:

- Ordenó su inclusión, cuando desde el mismo momento en el que se otorgó la prestación, se tuvo en cuenta tal partida para el pago (fl. 2-3).

- Desconoció que la asignación de retiro se otorgó en 2015, cuando regía una normativa (Decretos 1161 y 1162 de 2014) distinta a la que aplicó (Decretos 1794 de 2000, 3770 de 2009, 4433 de 2004). En consecuencia, es inocuo el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia que se impugnó.

- Fijó la cuantía sobre una base sin respaldo jurídico, pues tomó un porcentaje (62.5%) del sueldo básico, y así lo dispuso en la parte resolutive, cuando se debe otorgar es sobre el 70% de lo que se percibía por subsidio familiar, y no sobre el salario mensual.

4.6. La sentencia impugnada omitió pronunciarse sobre una consecuencia que se deriva de acoger las pretensiones de reliquidación en favor del demandante, consistente en que se ordene efectuar de manera indexada los descuentos por aportes a la seguridad social integral, en virtud del principio de sostenibilidad fiscal.

En efecto, cuando CREMIL cumpla las decisiones que se adoptan en este proceso, le deberá pagar al demandante las diferencias que se liquiden entre lo que resulte de la correcta aplicación de la fórmula con los porcentajes del 70% y 38.5% y la mayor cifra por subsidio familiar (Pasa del 30% al 70%) y lo que le giró en cada mesada prestacional; ello



significa que se incrementará el monto de la asignación de retiro, de lo cual se establece que respecto de la parte que constituya el mayor valor que se reajuste, no se ha efectuado cotización alguna, como sí se hizo con las cuantías ya canceladas.

En consecuencia, se ordenará que la Caja realice los respectivos descuentos de los aportes que debe cotizar el demandante a la seguridad social integral sobre las diferencias que resulten de la reliquidación de cada mesada, y que se actualicen con la misma fórmula que fijó el *a quo*, en aplicación de los principios de solidaridad social y de contribución a la sostenibilidad financiera del sistema.

4.7. Por lo tanto, ante el problema jurídico que se planteó, se responde que no procede revocar la sentencia apelada, pero sí modificarla en los términos que se señalaron en los dos acápite precedentes.

5. Costas

No se produce condena en costas por el trámite en esta instancia, ya que conforme con el artículo 188 del CPACA, la obligación de condenar a la parte vencida no lo es en forma inexorable u objetiva.

Y desde el punto de vista de apreciación subjetiva, no se encuentra conducta reprochable de alguna de las partes en el proceso para aplicarlas, como acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, que si fuera el caso, sí operaría la remisión a los artículos 365 y 366 del CGP, como lo ha indicado el Consejo de Estado (Entre otras sentencias, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 19 de enero de 2017, rad. 76001233300020130001501; y M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, 17 de febrero de 2017, exp. 810012333 0002013 00116 01).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de febrero de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, el cual quedará así, **ADICIONAR** al numeral séptimo de su parte resolutive el punto 7.1, y **CONFIRMAR** la providencia en todo lo demás:

"QUINTO: ORDENAR en consecuencia de la nulidad que se declara, que CREMIL también rellquide la asignación de retiro de



Luis Ramón Pérez Julio, teniendo en cuenta el 70% de lo que él percibía por subsidio familiar, en lugar del 30% que ha aplicado".

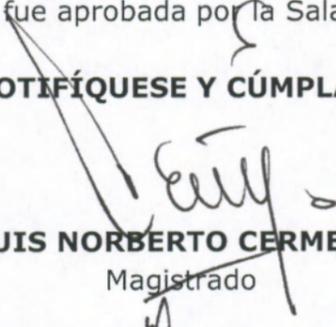
"7.1. ORDENAR que CREMIL realice los respectivos descuentos de los aportes que debe cotizar el demandante a la seguridad social integral, sobre las diferencias que resulten de la reliquidación de cada mesada, y se actualicen con la misma fórmula que fijó la sentencia de primera instancia".

SEGUNDO: DECLARAR que no hay condena en costas.

TERCERO: ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura

República de Colombia