



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

**Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO**

Arauca, Arauca, 7 de marzo de dos mil diecinueve (2019).

**Proceso** : 81001-33-33-751-2015-00052-01  
**Medio de control** : Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Laboral)  
**Demandante** : Luis Carlos Pérez Montoya  
**Demandado** : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"  
**Tema** : Reliquidación de la asignación de retiro  
**Decisión** : Se revoca parcialmente la decisión

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por la entidad demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Arauca, dentro de la continuación de la audiencia inicial de fecha 27 de febrero del año 2018, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1. Demanda.

LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA<sup>1</sup> instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra las siguientes decisiones: oficio No. 0009985 del 19 de febrero de 2015 y No. 0016475 del 16 de marzo de 2015, proferidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

#### 1.2. Pretensiones y condenas<sup>2</sup>:

La parte demandante las solicitó de la siguiente manera:

*"1. Que se declare la NULIDAD de los actos administrativos conformados por los oficios No. 9985 proferido el 19 de febrero de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el convocante y No. 16475 del 16 de marzo de 2015, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando agotada la vía gubernativa.*

*2. Que como consecuencia de la anterior declaración 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, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:*

*2.1. REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 13.2.1. DE LA*

<sup>1</sup> En adelante el demandante

<sup>2</sup> Folio 29 y reverso del expediente.

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

*MISMA NORMA Y EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DE 2000, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CALCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN POR RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR AFECTANDO DOBLEMENTE LA PRIMA DE ANTIGUEDAD.*

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

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

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

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

*6. Que se condene en COSTAS a la entidad demandada."*

### **1.3. Hechos o fundamento del medio de control<sup>3</sup>**

Como fundamento de hecho de las pretensiones, se tienen:

- LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, le fue reconocida una asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a través de la Resolución No. 2909 del 11 de junio de 2013.

- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", viene liquidando dicha prestación en forma equivocada, al aplicarle el 70% de la asignación básica y al 38,5% de la prima de antigüedad, no dando aplicación real a lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, lo que arroja una mesada de menor valor a la que tiene derecho el señor PEREZ MONTOYA. Adicionalmente, aplica de manera indebida lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, tomando el salario mínimo legal mensual vigente incrementado solo en un 40% y no en un 60%.

- El día 16 de febrero de 2015, LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, presentó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tomara como base de liquidación, la establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Igualmente, se le aplicara de forma debida lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

<sup>3</sup> Folio 2 del expediente.

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a través del oficio No. 0009985 del 19 de febrero del 2015, resolvió de manera desfavorable la petición presentada por LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA.

- Contra la anterior decisión, el señor PEREZ MONTOYA, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", por medio del oficio No. 0016475 del 16 de marzo de 2015, declaró improcedente los recursos impetrados por el aquí demandante.

#### **1.4. Fundamento de derecho y normas violadas**

Se citan como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: Artículos 13, 25, 29, 53 Y 58.  
Ley 1437 de 2011: artículos 138 y 159 a 195  
Ley 4ª de 1992: artículo 10  
Decreto 1793 de 2000  
Decreto 1794 de 2000  
Decreto 4433 de 2004.

Como sustento de lo anterior señaló la parte actora, que conforme a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000, los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales, tienen derecho a devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, luego entonces, no se le pueden desconocer los derechos adquiridos que conforme a dicha normativa, le garantizan una remuneración mínima, vital y móvil.

De otra parte, aseguró que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", realizó una liquidación equivocada del monto de su asignación de retiro, sin tomar en consideración los parámetros legalmente establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Al respecto señaló, que la fórmula aplicada por la entidad demandada no atiende lo establecido en la norma en cita, pues sobre el 38.5% de la prima de antigüedad aplicó un doble porcentaje.

#### **1.5. Contestación de la demanda<sup>4</sup>.**

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando como razones de su defensa, que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, dicha entidad aplicó en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que establece la normatividad aplicable. Es decir, que la entidad aplicó correctamente la fórmula de liquidación de la asignación de retiro, conllevando ello, a que los actos demandados, gocen de la presunción de legalidad que le asiste a las actuaciones administrativas.

---

<sup>4</sup> Folios 58 a 63 del expediente.

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

Así mismo, no se configura una violación al derecho a la igualdad, en tanto, el Decreto 4433 de 2004, establece los parámetros para el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, y en la cual, se les da a estos un tratamiento diferente a las de los demás miembros de la fuerza pública.

## 2. SENTENCIA APELADA<sup>5</sup>

El Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Arauca, en continuación de audiencia inicial de fecha 27 de febrero de 2018, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, disponiendo en la parte resolutive lo siguiente:

**PRIMERO:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, denominadas "LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES" e "INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA EL REAJUSTE SOLICITADO", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Declarar la nulidad de los oficios Nos 009985 de fecha 19 de febrero de 2015 y 0016475 del 16 de marzo de 2015, a título de restablecimiento del derecho, a través de los cuales, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL negó el reajuste de la asignación de retiro del señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES efectuar la reliquidación de la asignación de retiro del señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA tomando como fórmula para liquidarla, el 70% del salario básico + (SIC) el 38.5 de la prima de antigüedad, teniendo en cuenta el salario básico establecido en la hoja de servicios y las modificaciones que sobre dicha asignación básica pudieren surgir, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Sin lugar a prescripción de mesadas por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Disponer el pago retroactivo de la diferencia resultante entre las mesadas de asignación de retiro efectivamente pagadas desde la fecha de su reconocimiento, y aquellas que debieron pagarse de haberse aplicado correctamente la fórmula para liquidarla, valores que deberán ser actualizados según la fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

Por tratarse de pago 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.

**SEXTO:** Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

<sup>5</sup> Fís 166 al 178 del expediente.

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

**SEPTIMO:** *Se ordena dar cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 192 y siguientes del CPACA.*

**OCTAVO:** *Abstenerse de condenar en costas en esta instancia.*

**NOVENO:** *En firme este fallo, devuélvase al demandante e excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI, en caso de no ser apelada la presente providencia."*

Como sustento de su decisión, el *A quo* señaló que el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 16 dispuso que los soldados profesionales que fueran retirados o que se retiraren y cumplieran con 20 años de servicios, tenían de derecho a acceder a una asignación mensual de retiro correspondiente al 70% del salario mensual adicionando el 38,5% de la prima de antigüedad.

En ese sentido, señaló que el hecho de haberse dispuesto en dos ítems los valores a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, debía significar, que el 70% solo se aplicaría al salario básico mensual más no al 38.5% de la prima de antigüedad.

Así las cosas, efectivamente la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", aplicó incorrectamente lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lo que conllevó a que la asignación de retiro del demandante, sufriera un detrimento en su liquidación.

Por último, explicó la normativa que regula las partidas que componen la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, indicando que el Decreto 1794 de 2000, estableció que los soldados voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y que fueron incorporados como profesionales, conservarían una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%. Sin embargo, consideró que el reparo realizado por el demandante, no era atribuible o imputable a la entidad demandada, dado que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", no fue quien determinó la disminución en el monto de la asignación básica mensual, ya que ésta se llevó a cabo cuando el demandante se desempeñaba como personal activo, y en ese momento era el Ministerio de Defensa Nacional, quien tenía a cargo la cartera salarial.

Analizado el tema de la prescripción, encontró el *A quo* que no se estaba en presencia de dicho fenómeno jurídico, en tanto, la petición de reajuste de la asignación de retiro, fue presentada antes del vencimiento de los 3 años anteriores al reconocimiento pensional del señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA.

No hubo condena en costas, atendiendo lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de fecha 18 de febrero del año 2016, al no haberse evidenciado una conducta temeraria o de mala fe de la parte vencida.

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

## **2.1. RECURSO DE APELACIÓN<sup>6</sup>**

### **2.1.1. Parte demandante:**

El demandante, a través de memorial del 8 de marzo de 2018, interpuso y sustentó dentro de la oportunidad legal, el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, que negó el reajuste del 20% en el salario base de liquidación, en aplicación de lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

En ese sentido indica, que se aparta de la decisión adoptada por el *A quo*, dado que resulta absolutamente claro que habiendo sido el demandante soldado voluntario y luego de ostentar esa condición a 31 de diciembre del año 2000, tenía derecho a continuar devengando el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

En cuanto a una presunta falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", es importante señalar que recientemente dicha entidad ha venido disponiendo de manera oficiosa, el reconocimiento y pago del reajuste del 20% en el salario base de liquidación de la asignación de retiro a que tienen derecho los soldados profesionales, en virtud de lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

### **2.1.2. Parte demandada:**

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a través de memorial del 12 de marzo de 2018, interpuso y sustentó dentro de la oportunidad legal, el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, solicitando se revoque la decisión en todo aquello que le es desfavorable.

Alegó que la liquidación de la asignación de retiro, frente a la prima de antigüedad, estuvo conforme a derecho, esto es, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y siguiendo de manera uniforme y secuencial el 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

## **3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Por reparto le correspondió el recurso de apelación al Tribunal Administrativo de Arauca<sup>7</sup> y por auto de fecha 26 de julio de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del 27 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo de Arauca. Posteriormente, mediante auto del 15 de agosto de 2018, se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión; y el traslado al Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, para que emitiera concepto.

<sup>6</sup> Folios 184 a 190 del expediente  
<sup>7</sup> Folio 170 del expediente

Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

### 3.1. Alegatos de segunda instancia.

Los apoderados de las partes presentaron dentro de la oportunidad legal sus alegatos de conclusión, reafirmando lo expuesto en primera instancia<sup>8</sup>.

### 3.2. Concepto del Ministerio Público.

El señor Representante del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, no emitió concepto dentro del presente asunto.

## 4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 4.1. Cuestión previa.

El acto administrativo es aquella decisión que emana de las autoridades y que tiene como fin producir efectos jurídicos, por tanto, para que una decisión de esta naturaleza, pueda ser objeto de reproche ante el Juez Contencioso, se requiere que la misma tenga la cualidad de ser definitiva y ostentar firmeza.

El artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, preceptúa:

*"ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación."*

El Honorable Consejo de Estado<sup>9</sup>, se ha referido a este asunto de la siguiente manera:

*"(...) Ahora, la Sección Primera de esta Corporación ha clasificado los actos administrativos en actos definitivos o actos de trámite. En este sentido ha sostenido que solo los actos administrativos definitivos que producen efectos jurídicos son enjuiciables por esta jurisdicción, en consecuencia, como los actos de trámite, en principio, no producen efectos jurídicos, escapan de la jurisdicción contencioso administrativa.*

*En este sentido, se sostuvo en la referenciada sentencia lo siguiente:*

*"El acto administrativo debe contener una declaración; es su característica esencial la de exteriorizar una decisión de la Administración que cree, modifique o extinga una situación jurídica en relación con el administrado.*

*Queda, por lo tanto, tal noción reservada a las decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, resultando, en consecuencia, excluidos los actos que, no obstante producir efectos, incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta.*

*Dentro del trámite de la actuación administrativa, obviamente, se producen decisiones en relación con la adopción de diferentes etapas: probatoria, de*

<sup>8</sup> Folios 185 a 192 del expediente

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00080-01 Actor: ADUANAS AVIA LTDA SIA. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

*alegaciones, de impugnación, etc. decisiones éstas que no tienen la virtualidad de definir la actuación en sí misma considerada sino que son de impulso procesal y, por ello, se les conoce con la denominación de actos de mero trámite que, por principio, no son demandables a no ser que con su expedición se impida al administrado continuar la actuación, tal como lo dispone la parte final del artículo 50 del C.C.A.*

*Si pudiera, como lo solicita la parte actora, darse calificativo de acto administrativo a cada una de las decisiones que expide la administración en aras de impulsar el trámite administrativo, se llegaría a la conclusión equivocada de que dentro del ejercicio de la acción contenciosa se estudiara la legalidad de diferentes decisiones correspondientes a las diversas etapas de la actuación como sería el caso del auto mediante el cual se decide abrir diligencias previas; de cada auto que ordene oír en versión a los posibles involucrados en la investigación administrativa o disciplinaria; de los autos que ordenan la incorporación de diversos medios probatorios; del auto mediante el cual se califican las diligencias preliminares; del auto que ordena la apertura de formal investigación sea ésta de carácter disciplinario, fiscal, etc., olvidando que ninguno de los mencionados define de fondo la actuación administrativa."*

Así las cosas, es claro que los actos administrativos que pueden ser objeto de demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, son aquellos que tienen la calidad suficiente para producir efectos jurídicos respecto de la situación particular y concreta del administrado, decisiones que por lo general pertenecen a la categoría de actos administrativos definitivos.

Teniendo de precedente lo anterior, la Sala, una vez revisados los actos administrativos demandados en el presente asunto, observa que el Oficio No. 0016475 de fecha 16 de marzo de 2015, no contiene una decisión de fondo, puesto que en el mismo, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", declaró la improcedencia de los recursos de reposición y apelación interpuestos por el demandante.

Así entonces, y al no ser el Oficio No. 0016475 del 16 de marzo del 2015, susceptible de ser enjuiciado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Sala se inhibirá se pronunciarse de fondo sobre este y así lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Ahora bien, es importante señalar, que si bien el Oficio No. 0016475 del 16 de marzo del 2015, declaró la improcedencia de los recursos interpuestos por el demandante, al considerar que la decisión objeto de reproche no contenía una respuesta de fondo sino una mera información, lo cierto es que para la Sala esa interpretación es errónea, en la medida en que el Oficio No. 0009985 del 19 de febrero de 2015, si se constituye en un verdadero acto administrativo enjuiciable ante esta Jurisdicción, si se tiene en cuenta que en el mismo, la entidad demandada resuelve de fondo la petición presentada por el actor, negándole el derecho al reajuste de su asignación de retiro.

Por lo tanto, en el presente asunto, se procederá a estudiar de fondo el Oficio No. 0009985 del 19 de febrero de 2015, acto administrativo que desató de manera desfavorable lo pretendido por el demandante en sede administrativa.

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

#### **4.2. Competencia.**

Según el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, al Tribunal se le asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

#### **4.3. Planteamiento del caso.**

En el asunto de marras se controvierte la nulidad de las siguientes decisiones: oficio No. 0009985 del 19 de febrero de 2015 y oficio No. 0016475 del 16 de marzo de 2015, proferidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", mediante los cuales se negó al señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, el reajuste de su asignación de retiro.

Como restablecimiento del derecho, se pretende se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", liquidar la asignación de retiro del demandante, tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% de conformidad al inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000. Asimismo, la reliquidación en virtud del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el 70% de la asignación de retiro más el 38.5% de la prima de antigüedad.

La entidad demandada afirmó que los actos administrativos demandados, gozan de presunción de legalidad. Al respecto, adujo que no es posible acceder al reajuste salarial que pretende el demandante en razón a su incorporación como soldado profesional, pues por disposición del Decreto 1794 de 2000, el incremento salarial debe ser equivalente al 40% y no al 60% como se aduce en la demanda.

Arguyó que al demandante se le reconoció la asignación de retiro conforme al Decreto 4433 de 2004, esto es, con el 70% del salario básico incrementando en el 38.5% de la prima de antigüedad; sin la inclusión del subsidio familiar como partida computable, en la medida que dicho estatuto no lo contempla para efectos de la liquidación de la prestación de retiro de los soldados profesionales.

En la sentencia de primera instancia, el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Arauca, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, toda vez que ordenó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante en lo que se refiere al cómputo del salario básico con la prima de antigüedad. Por su parte, negó el reajuste con el incremento del salario en los términos del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

El demandante solicita que se revoque parcialmente la sentencia, pues afirma que en la providencia recurrida, el *A quo* desconoció las decisiones judiciales proferidas por el Consejo de Estado, que pregona que los soldados voluntarios a que se refiere la Ley 131 de 1985, hoy profesionales, tienen derecho al reajuste salarial y prestacional del 20%, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000.

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

Entre tanto, el apoderado de la entidad demandada, insiste que los actos acusados fueron expedidos conforme a la normatividad aplicable a los soldados profesionales.

#### **4.4. Problema jurídico.**

La controversia consiste en dilucidar, si hay lugar a revocar total o parcialmente la sentencia proferida el 27 de febrero de 2018, por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Arauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Inicialmente, atendiendo el recurso interpuesto por la parte actora, se analizará si le asiste razón en cuanto considera que tiene derecho a que la asignación de retiro se reajuste tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% de conformidad al inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, y no en un 40% como lo hizo la entidad demandada.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el *A quo* negó dicha pretensión argumentando que el actor debió iniciar la reclamación ante el empleador Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, corresponde determinar, si el reajuste salarial del 60% pretendido, tiene incidencia directa en la asignación de retiro y por ello, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", se encuentra legitimada en la causa para realizar la reliquidación deprecada.

Por último, se determinará si respecto a la prima de antigüedad, le asiste razón a la entidad demandada, cuando considera que la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, se realizó en forma correcta, esto es, en los términos previstos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala inicialmente analizará la normatividad aplicable en relación a la incorporación de soldados voluntarios y su régimen salarial, así como el régimen de incorporación salarial y prestacional de los soldados profesionales, teniendo como precedente, la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, que estudió el reajuste salarial de los soldados profesionales, y la normativa y jurisprudencia aplicable respecto de la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Posteriormente, se estudiarán los hechos probados en el proceso y se descenderá al caso concreto.

##### **4.4.1. Normatividad aplicable con relación a la incorporación de soldados voluntarios y su régimen salarial.**

Con fundamento en las facultades otorgadas por el artículo 121 de la Constitución Política de la época, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 2157 del 9 de agosto de 1985 "*Por el cual se dictan normas tendientes al restablecimiento del orden público*" que, con relación a los Soldados Voluntarios, dispuso:

*"ARTÍCULO 2o. Los comandantes de fuerza podrán, en cualquier momento, dar de baja al personal que preste el servicio militar voluntario.*

Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

**ARTÍCULO 3o. El personal de soldados voluntarios devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.**

PARÁGRAFO 1o. Si el personal de soldados voluntarios estuviere en servicio durante un año, tendrá derecho a percibir una bonificación especial equivalente a la remuneración recibida en el mes anterior a la terminación del servicio militar voluntario.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el personal de que trata, el presente Decreto no hubiere servido un año completo, tendrá derecho al reconocimiento de la bonificación especial a razón de una doceava parte (1/12) por cada mes completo de servicio.

ARTÍCULO 4o. El personal de soldados voluntarios quedará sujeto al Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, al Código de Justicia Penal Militar con excepción del delito de deserción y al Decreto 2728 de 1968 y normas que lo adicionen o reformen.

ARTÍCULO 5o. El personal de soldados voluntarios que sea dado de baja tendrá derecho a que el tesoro público le pague, por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por el año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar. Cuando la baja se produzca por razones disciplinarias o penales, según el caso, no habrá lugar al pago de esta bonificación." (Subrayado y negrilla de la Sala)

Seguidamente, se profirió la Ley 131 de 1985, "Por la cual se dictan normas sobre el servicio militar voluntario", estatuto que en su artículo 2º, señaló que podrán prestar servicio militar voluntario quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten esa intención al respectivo Comandante de Fuerzas y sean aceptados por él, servicio que se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses. Así mismo, dispuso que la calidad de Soldado Voluntario surge del deseo de éste de permanecer en el servicio, luego de prestar el servicio militar obligatorio.

Sobre la situación salarial y prestacional de los soldados voluntarios, los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 131 de 1985, dispusieron lo siguiente:

**"Artículo 4. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.**

Artículo 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 de servicio.

Artículo 6. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

*proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar."  
(Subrayado y negrilla de la Sala)*

La Ley 131 de 1985, fue reglamentada a través del Decreto 370 de 1991, que contempló:

*"ARTÍCULO 1. La aceptación del personal que haya prestado el servicio militar obligatorio, como Soldados Voluntarios se efectuará mediante el siguiente procedimiento:*

*a) Solicitud de Alta, como Soldado Voluntario dirigida individualmente por el interesado al respectivo Comando de Fuerza, presentada en la Guarnición más cercana al domicilio del solicitante;*

*b) Las Unidades Operativas o su equivalente, presentarán las propuestas al correspondiente Comando de Fuerza;*

*c) La selección de los Aspirantes se hará entre quienes sean solteros, acrediten muy buena conducta durante su permanencia en el servicio militar y reúnan condiciones sicofísicas y morales adecuadas para el servicio militar voluntario;*

*d) El Alta del personal de Soldados Voluntarios se hará por la Orden Administrativa de Personal del Comando de la respectiva Fuerza.*

*PARÁGRAFO 1. El acto a partir del cual se entiende legalmente incorporado el personal de Soldados Voluntarios, es la Orden Administrativa de Personal del Comando de Fuerza y la fecha que se tomará para todos los efectos legales será con la novedad fiscal que allí aparezca.*

*PARÁGRAFO 2. La planta de Soldados Voluntarios de las Fuerzas Militares, será fijada anualmente por el Gobierno Nacional, de acuerdo a las necesidades de éstas.*

*El Gobierno Nacional fijar (sic) la planta que debe regir para cada año antes del 31 de enero, y cuando no lo hiciere continuará rigiendo la vigente.*

*En casos especiales, el Gobierno podrá modificar la planta vigente en cualquier tiempo.*

*ARTÍCULO 2. El Soldado Voluntario no podrá sobrepasar la edad de treinta y cinco (35) años en el servicio y en tal evento el Comando de la respectiva Fuerza procederá a darlo de baja por la Orden Administrativa de personal.*

*PARÁGRAFO. El Comandante de la Fuerza puede en cualquier tiempo dar de baja por la Orden Administrativa de personal, a los Soldados Voluntarios que cumplidos los doce (12) meses mínimos de servicio, soliciten su baja o no se considere necesaria su permanencia; antes de este tiempo lo podrá hacer por causal de gran invalidez, disminución de la capacidad sicofísica para la actividad militar, por inasistencia al servicio por más de diez (10) días, por sentencia judicial o por conducta deficiente.*

*ARTÍCULO 3o. 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.*

*Las sumas de dinero que a la baja del Soldado Voluntario, queden pendientes de cancelar por concepto de bonificaciones, se pagarán por nómina adicional*

Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

en el mes siguiente a la fecha de la baja.

Cuando se trate de otras prestaciones relativas a incapacidades, invalideces e indemnizaciones, el reconocimiento se efectuará conforme al procedimiento establecido para los Soldados Regulares de las Fuerzas Militares.

**ARTÍCULO 4.** El personal de Soldados Voluntarios podrá ser trasladado o asignado en comisión, en las respectivas Unidades de cada Fuerza dentro del país y de acuerdo con las necesidades del servicio.

**ARTÍCULO 5. Los Soldados Voluntarios que fueron vinculados en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2157 del 8 de agosto de 1985 y que deseen continuar en actividad, quedarán sujetos a lo establecido en la Ley 131 de diciembre de 1985 y demás disposiciones que la complementen.**  
(Subrayado y negrilla de la Sala)

Así las cosas, y atendiendo a la normatividad transcrita, los Soldados Voluntarios tienen derecho a una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, en razón a la prestación del servicio militar.

#### **4.4.2. Normatividad aplicable con relación a la incorporación de soldados profesionales y su régimen salarial.**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, a través de la Ley 578 de 2000, el Congreso de la República revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional, entre otras.

Fue así que se expidió el Decreto Ley 1793 de 2000 "Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", cuyo artículo 1º definió la calidad de soldado profesional en los siguientes términos:

*"Artículo 1. Soldados profesionales. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas."*

En lo que respecta a la incorporación de los soldados profesionales, se tiene que los artículos 3º y 4º del citado estatuto, preceptúan:

*"Artículo 3. Incorporación. La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional."*

*Artículo 4. Requisitos para la incorporación. Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:*

Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

- a) Ser colombiano.
- b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.
- c) Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho.
- d) Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.
- e) Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.
- f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.
- g) Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares."

Es importante señalar, que el mencionado estatuto, permitió que los soldados voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, se incorporaran como soldados profesionales, en los siguientes términos:

**"ARTÍCULO 5. SELECCIÓN.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

**PARÁGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses.**

A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

**(...) ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.** (Subrayado y negrilla de la Sala).

#### 4.4.2.1.- Régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales.

En atención a lo preceptuado en el artículo 38 del estatuto en cita (Decreto 1793 de 2000), el Presidente de la República, expidió el Decreto 1794 de 2000, "por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", normatividad que respecto de la asignación mensual de éstos, estableció:

**"ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1)**

Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

**salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.**

**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%).**

**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%).

**PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.** (Subrayado y negrilla de la Sala).

Posteriormente, por medio del Decreto 2070 de 2003, el Gobierno Nacional, dispuso:

**"ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES.**

Los soldados profesionales, así como los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales, que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir 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."

Dicho estatuto, fue declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia C-432 de 2004, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, por considerar que vulneraba la reserva de la Ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19 literal e) de la Constitución Política, al conferir facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional especial de los miembros de la Fuerza Pública, a través de un Decreto - Ley, en tanto tal decisión corresponde a una ley marco<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> En la mencionada sentencia la Corte se expresó en los siguientes términos: "13. Conforme a lo expuesto en los fundamentos 3 a 12 de esta providencia, es claro que al Congreso de la República le corresponde establecer directamente, por medio de una ley marco, las normas generales y los objetivos y criterios a que debe sujetarse el Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública (C.P. art. 150, num. 19, lit. e). De igual manera, es innegable que la regulación de dicho régimen prestacional especial (C.P. arts 217 y 218), incluye a la asignación de retiro como una modalidad particular de pensión de vejez para los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional, y por ende, su regulación debe realizarse a través de dicha tipología legal. Ahora bien, según lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, es indiscutible que, dicha reserva por expreso mandato constitucional, impide que las materias propias de una ley marco - como la referente a la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública - puedan ser expedidas por decreto ley, pues en este punto, el Congreso no puede conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República (C.P. art. 150, num. 10)."

Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

Luego, fue expedida la Ley 923 de 2004, "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política", estatuto que en el numeral 2. 1., de su artículo 2º consagró como criterio, el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia; igualmente, el numeral 3. 3. del artículo 3º de la citada Ley previó que "(...) Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública."

En desarrollo de lo establecido Ley 923 de 2004, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", estatuto que reglamentó, entre otras prestaciones, lo relacionado con la asignación de retiro. Este en su artículo 13, estableció las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

**"Artículo 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.** (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 16 del mencionado estatuto, consagró la asignación de retiro para los soldados profesionales, marcando una diferencia respecto de la misma prestación en favor del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en los siguientes términos:

**"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."**

**Radicación:** 81001-3333-751-2015-00052-01  
**Demandante:** LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
**Demandado:** Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

De las normas transcritas en precedente, se colige que los soldados voluntarios vinculados en vigencia de la Ley 131 de 1985 y con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales y que su deseo fuera aprobado por los Comandantes de cada Fuerza, serían incorporados el 1° de enero de 2001, con la antigüedad que le fuera certificada y expresada en número de meses. Estos soldados de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, devengarían una bonificación equivalente a un salario mínimo mensual aumentado en un 60%.

Así mismo, el marco normativo expuesto da cuenta que el personal de soldados profesionales que sean retirados o que se retiren y habiendo cumplido 20 años de servicio, tienen derecho a que se les reconozca una asignación mensual de retiro, correspondiente al 70% del salario mensual que se indica en el artículo 13.2.1 de Decreto 4433 de 2004<sup>11</sup>, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad.

#### **4.4.3. Sentencia de Unificación en materia de reajuste salarial de los soldados profesionales.**

Sobre el concepto de la asignación básica de los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales en virtud del Decreto 1794 de 2000, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, se ocupó de fijar su interpretación en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016<sup>12</sup>. Dicha Corporación estableció que quienes a 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%), situación que comporta, además, efectos prestacionales para dichos miembros de la fuerza pública.

En la citada providencia, el Honorable Consejo de Estado fijó las siguientes reglas:

*"(...) 1. De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

*2. De igual manera, el inciso 2 del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, indicó que la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.*

*3. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.*

*4. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede*

<sup>11</sup> Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

<sup>12</sup> C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicación CE-SUJ2 85001-3333-002-2013-00060-01

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

*gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción cuatrienal de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968<sup>13</sup> y 1211 de 1990, respectivamente."*

La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, señaló que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía a su favor, el derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%". Que pese a su incorporación como soldados profesionales y la sujeción al nuevo estatuto de personal de dicho personal, los soldados voluntarios conservarían, en materia salarial, el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985. Al respecto, la sentencia de unificación precisó:

*"En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.*

*Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.*

*Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.*

*En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.*

*Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985,<sup>88</sup> esto es, una bonificación mensual equivalente al salario legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber (sic) ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego*

<sup>13</sup> Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

*de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales de navidad y de retiro. (...)"*

Frente a los efectos prestacionales que conlleva la orden de reajustar en un 20% el salario de los soldados profesionales que venían como voluntarios, la sentencia señaló:

*"De acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los Soldados Profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:*

*"(...)"*

*La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.*

*Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías."*

#### **4.4.4. Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales.**

El artículo 2º del Decreto 1794 de 2000, determina que la prima de antigüedad se liquida de la siguiente manera:

*"(...) 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%) (...)."*

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

*"(...) 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. (...)."*

En ese sentido, 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,

Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

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".

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, ha considerado que la fórmula aplicada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", al momento de liquidar las asignaciones de retiro, contraría el mandato que el mismo Decreto 4433 de 2004, en su artículo 16 consagra, en virtud a que al 38.5% de la prima de antigüedad, se le adiciona un descuento más del 70% que la norma no establece.

Es así, que en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2014<sup>14</sup>, proferida dentro del expediente con radicación No. 2014-02292-01, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sede de tutela, ordenó proferir un nuevo fallo en el que se diera aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según la clara exégesis del mismo, en tanto que la interpretación que había dado la autoridad judicial, y acorde con la posición de la entidad demandada, implicaba una doble afectación de la prima de antigüedad.

En la mencionada providencia, el Honorable Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

*"(...) 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."*

En providencia del 29 de abril de 2015<sup>15</sup>, esa misma Corporación, reiteró la forma cómo debe interpretarse el artículo 16 del Decreto 1794 de 2000, señalando 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."*

<sup>14</sup> Consejera Ponente: Doctora María Elizabeth García González

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

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 cuenta 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.

Debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.

#### 4.4.5. Material probatorio.

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>16</sup>, pues no cuentan con reparos de ningún tipo.

Por medio de la prueba documental aportada con la demanda encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, lo siguiente:

- Hoja de servicios No. 3-75157791 de fecha 9 de mayo del año 2013, el señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, ingresó al Ejército Nacional en la modalidad de soldado regular desde el 25 de junio de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1993; pasó a la categoría de soldado voluntario desde el 1° de diciembre de 1993 hasta el 31 de octubre de 2003; y fue incorporado como soldado profesional a partir del 1° de noviembre de esa misma anualidad hasta el 30 de marzo de 2013. (Folio 17 del expediente)

- Adicionalmente, en la hoja de servicios se relacionan los haberes percibidos en la última nómina de servicios del señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, así:

<u>Descripción</u>	<u>Porc.</u>	<u>Valor</u>
SUEDO BÁSICO		825,300.00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD SOLDADO PROFESIONAL	58.50	482,800.50
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	.00	10,622.00
BONIFICACIÓN ORDEN PUBLICO SOLDADO PF	25.00	206,325.00

<sup>16</sup>Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001233100019960065901 (25022), Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

- Resolución No. 2909 de fecha 11 de junio de 2013, "Por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al señor **Soldado Profesional (r) del Ejército LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA**". En dicha decisión, se estableció la asignación de retiro en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad. Con efectos fiscales a partir del 30 de junio de 2013. (Folios 2 – 3 del expediente)
- El demandante petitionó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", el reajuste de su asignación de retiro, a través de memorial calendado 16 de febrero de 2015. (Folios 4 - 6 del expediente).
- La entidad accionada, emitió respuesta desfavorable al demandante mediante oficio No. 0009985 del 19 de febrero de 2015. (Folio 7)
- El demandante, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, contra la decisión contenida en el oficio No. 0009985 del 19 de febrero de 2015. (Folios 8 – 9)
- La entidad accionada, a través de oficio No. 0016475 del 16 de marzo del año 2015, resolvió de manera desfavorable los recursos impetrados, argumentando que la decisión contenida en el oficio materia de reproche, se constituía en un acto de trámite, no susceptible de recurso alguno. (Folio 10)
- El Responsable del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", certificó lo siguiente:

*"Que revisada la nómina de asignaciones de retiro se verificó que al señor Soldado Profesional ® de Ejército LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, identificado con cédula de ciudadanía No. 75.157.791, le figura liquidada, su asignación de retiro con los siguientes porcentajes y partidas computables:*

SUELDO	\$	902.090.00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 38.5%	\$	347.304.65
SUBTOTAL	\$	1.249.395.00
PORCENTAJE DE LIQUIDACION 70%		
TOTAL ASIGNACION RETIRO	\$	874.576.00"

*(Folio 21)*

#### **4.4.6. Caso concreto.**

##### **4.4.6.1. Del incremento del salario – Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", para realizar el reajuste salarial.**

Determinado está en el proceso que el parágrafo del artículo 5º del Decreto - Ley 1793 de 2000, dispuso que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, que expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales y fueren aprobados por los Comandantes de Fuerza, serían incorporados el 1º de enero del año 2001, con la antigüedad que certificara cada fuerza expresada en número de meses.

**Radicación:** 81001-3333-751-2015-00052-01  
**Demandante:** LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
**Demandado:** Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

Por su parte, el inciso segundo del Artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, estableció que quienes a 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%).

En el asunto de marras, se encuentra acreditado que el demandante se vinculó como soldado voluntario desde el 1° de diciembre del año 1993, ello entonces, antes del 31 de diciembre de 2000; y que a partir del 1° de noviembre de 2003, se incorporó sin solución de continuidad como soldado profesional, aspecto que lo ubica en la excepción prevista en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, es decir, tenía derecho a continuar devengando como sueldo básico un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Revisado el expediente, encuentra la Sala que en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, reconocida a través de Resolución No. 2909 de fecha 11 de junio de 2013, como salario base de liquidación se tuvo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, esto es, conforme lo dispuso el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, para los soldados profesionales que se incorporaron por primera vez en las filas a la fecha de entrada en vigencia de dicho estatuto.

Acogiendo la regla fijada en la sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, la Sala concluye que el demandante, una vez incorporado como soldado profesional en virtud del Decreto 1794 de 2000, por haber ostentado la condición de soldado voluntario al tenor de la Ley 131 de 1985, tenía derecho a percibir un salario incrementado en un 60%.

Ahora bien, la decisión del *A quo* de no acceder a la pretensión de reajuste de la asignación de retiro, tiene sustento en que correspondía al demandante, iniciar el trámite administrativo ante el empleador (Ministerio de Defensa Nacional), y por ello, en el presente asunto no le asistía legitimación en la causa por pasiva a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

Al respecto, la Sala advierte que la interpretación que se realiza de las normas contenidas en el Decreto 1794 de 2000, hacen referencia a un reajuste salarial, cuyo pago, en principio, correspondía al Ministerio de Defensa Nacional en calidad de empleador, quien tenía la obligación de garantizar los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que resultaron incorporados como soldados profesionales, entre ellos, continuar percibiendo por concepto de sueldo lo equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, dando cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Sin embargo, la pretensión de la parte actora no está encaminada a que se ordene el pago de diferencias salariales con ocasión a lo dispuesto en dicha normativa, sino a que se reajuste su asignación de retiro con base en el salario que conforme a la Ley, debían percibir los soldados voluntarios incorporados como profesionales; y, partiendo del hecho que el régimen prestacional de estos últimos (soldados profesionales) establece como partida computable la asignación básica.

Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

Recuérdese que el fundamento de la sentencia de unificación para ordenar el incremento salarial en un 20%, es que existe un mandato legal en los términos del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, según el cual, los soldados profesionales que venían como voluntarios tenían derecho al ajuste salarial del 60%, lo cual lleva aparejado efectos prestacionales, y en esa medida, las prestaciones de que trata el Decreto 1794 de 2000 y percibidas por aquellos estando en actividad deben ser reliquidadas, lo que de suyo implica que la prestación originada en el retiro del servicio se liquide con salario básico que debió percibir el demandante estando en servicio.

Bajo esta premisa, siendo la posición mayoritaria de la Sala<sup>17</sup>, y teniendo en cuenta que la asignación de retiro que percibe el demandante se encuentra a cargo de la entidad demandada, esto es, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", ente responsable del reconocimiento y pago de las asignaciones del personal retirado de las Fuerzas Militares, a fin de salvaguardar las garantías constitucionales y derechos adquiridos e irrenunciabilidad de los derechos laborales del mismo, la liquidación de la asignación de retiro de éste, debía realizarse con base en el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de su retiro, incrementado en un 60%.

Así las cosas, se revocará la decisión del *A quo* en cuanto negó el reajuste de la asignación de retiro con el incremento del 20%, al encontrarse acreditada la legitimación en la causa de la entidad demandada para realizar la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, pues como ya se adujo, al encontrarse el señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, inmerso en el supuesto normativo del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, tenía derecho a que su salario se incrementara en un 60% y ello necesariamente incidiera en sus prestaciones sociales, esto es, en la asignación de retiro a cargo de la aquí demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará que se reliquide la asignación de retiro del demandante, con el incremento equivalente al 20% sobre el salario base de liquidación y se condenará al pago indexado de las diferencias de las mesadas pensionales.

#### **4.4.6.2. Del cómputo de la prima de antigüedad.**

Ahora bien, en lo atinente al reajuste de la asignación de retiro por indebida liquidación de la prima de antigüedad, tenemos que la parte actora, considera que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", viola lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433, porque aplica un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación, esto es, que toma el 100% del salario básico, a esta suma le adiciona el 38.5% de la prestación, y luego le saca el 70%, operación que resulta desfavorable a sus intereses.

El *A quo* en la sentencia recurrida, consideró que le asistía razón a la parte demandante, en razón a que verificó que la entidad demandada computó el 38.5% de la prima de antigüedad, para obtener el salario base de liquidación

<sup>17</sup> También se planteó el criterio de que la hoja de servicios es un documento fundamental sin el que CREMIL no puede liquidar la asignación de retiro en los términos del literal c), del artículo 3 del Decreto 2342 de 1971 y de los artículos 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

y sobre el resultado aplicó el 70%, lo que implica que respecto de ese emolumento, según su dicho, no se esté tomando el porcentaje que autoriza el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

La entidad demandada en su alzada, disiente de la sentencia que accedió a esta pretensión, afirmando que la norma es lo suficientemente clara en establecer que la asignación de retiro equivale al 70% de la sumatoria del salario básico y la prima de antigüedad.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra acreditado que a través de Resolución No. 2909 de fecha 11 de junio de 2013, al señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, le fue reconocida asignación de retiro, en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2738 de 2012) adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

De la certificación de fecha 25 de marzo del año 2015, expedida por el Responsable del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se tiene:

SUELDO	\$	902.090.00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 38.5%	\$	347.304.65
SUBTOTAL	\$	1.249.395.00
PORCENTAJE DE LIQUIDACION 70%		
TOTAL ASIGNACION RETIRO	\$	874.576.00

Al realizar una comparación del contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Sala, tal como lo consideró el *A quo*, una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado aplicar el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio del derecho del demandante, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del 100% del salario mensual.

Recordemos que el iterado artículo 16 del estatuto que reglamenta la situación prestacional de los soldados profesionales de la fuerza pública, establece que la asignación mensual de retiro 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, sin que la prestación a reconocer sea inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De la lectura de la disposición y en consonancia con la interpretación dada por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para la Sala resulta acertada la decisión del *A quo* de acceder al reajuste, toda vez que la prima de antigüedad es un concepto prestacional del cual, como partida computable para la asignación de retiro, se toma solo el 38.5%, por tanto al sumar ese porcentaje con el salario básico y del resultado obtenido aplicar el 70% de

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

qué trata la norma, se está afectado doblemente la prestación. En consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia recurrida, en cuanto ordenó a la entidad demandada para que aplique la norma señalada según la clara exégesis y entendimiento de la misma.

#### **4.4.7. Prescripción.**

A fin de resolver este punto, tenemos que el derecho pensional del señor LUIS CARLOS PEREZ MOTOYA, se causó a partir del 30 de junio del año 2013; la petición de reajuste fue presentada el 16 de febrero 2015; y la demanda fue radicada el día 6 de agosto de 2015. Por lo tanto, no se configura el fenómeno prescriptivo de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 *"Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares"*, que señala que los derechos consagrados en dicha reglamentación, prescriben en cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible<sup>18</sup>.

En ese orden de ideas, como el actor interrumpió la prescripción con la radicación de la reclamación administrativa el día 16 de febrero de 2015, las diferencias en las mesadas deberán cancelarse a partir de la fecha de causación del derecho, es decir, desde el 30 de junio del año 2013.

#### **4.4.8. Descuentos de aportes.**

Por otra parte, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", deberá realizar los descuentos por aportes si a ello hay lugar, teniendo en cuenta que el numeral 3.3. del artículo 3° la Ley 923 de 2004, estatuto en el que se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, establece que *"Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte"* a cargo de dicho personal, recursos que se destinan *"en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y de sustituciones pensionales"*, conforme lo ordena el numeral 2.5 del artículo 2 de la misma Ley.

Además, en desarrollo de la Ley 923 de 2004, el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 dispone que:

*"ARTICULO 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:*

*18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.*

*18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.*

<sup>18</sup> El término de prescripción trienal contenido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 ha sido inaplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado bajo el argumento que el Gobierno Nacional excedió sus facultades. Ver al respecto: a) la sentencia fecha 4 de septiembre de 2008, Sección Segunda, Subsección A, en Sentencia, Expediente 0628-08, siendo ponente el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; b) Tutela del 2 de febrero de 2012, del Consejo de Estado, radicado 2011-01498-00, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; c) Providencia de la Sección Segunda – Subsección B, de 25 de noviembre de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado interno No. 2062-2009, actor: Leonor Guarnizo de Maldonado; d) providencia del 7 de febrero de 2013, radicación: 250002325000201100371 01 (1074-2012), Actor: Rigoberto Pérez Álvarez; e) Sentencia del 17 de mayo de 2012, radicación: 250002325000201001078 01 (1888-2011), Actor: Tiberio Rengifo Mercado; y f) sentencia de unificación SUJ-010-S2 doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15).

**Radicación:** 81001-3333-751-2015-00052-01  
**Demandante:** LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
**Demandado:** Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

*18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).*

*El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:*

*18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.*

*18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.*

*18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.*

*18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.*

*18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.*

*18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.*

*18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante."*

Una vez realizada la reliquidación, de existir valores en favor de la entidad demandada respecto de los descuentos de los aportes, ésta deberá tener en cuenta que el monto de las mesadas pensionales no podrá ser inferior a la percibida a la fecha de esta providencia con los incrementos anuales legales, so pena de afectar el mínimo vital como derecho fundamental.

#### **4. Costas**

La Sala se abstendrá de condenar en costas<sup>19</sup>, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que hiciera merecedora a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

#### **5. DECISIÓN**

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

#### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmente la sentencia dictada en audiencia del veintisiete (27) de febrero del año dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Arauca, por las razones expuestas en precedencia. En consecuencia la parte resolutive de la providencia de primera instancia quedará así:

***"PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, denominadas***

<sup>19</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01  
Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

"LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES" e INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA EL REAJUSTE SOLICITADO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** INHIBASE el despacho para pronunciarse respecto del Oficio No. 0016475 de fecha dieciséis (16) de marzo del año dos mil quince (2015), conforme a las razones reseñadas en la parte motiva de este fallo.

**TERCERO:** Declarar la nulidad del oficio No 0009985 de fecha diecinueve (19) de febrero del año dos mil quince (2015), a través del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", negó el reajuste de la asignación de retiro del señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a reliquidar la asignación de retiro del señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, con el incremento del 60% sobre el SMMLV que como asignación salarial mensual devengaba al momento de reconocérsele dicha prestación; y también aplicando correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, tomando el 70% del salario básico, valor al cual deberá sumarse las partidas adicionales en los porcentajes establecidos por el legislador o sea un 38.5% de la prima de antigüedad, a partir del treinta (30) de junio del año dos mil trece (2013), cifras que deberán ser indexadas conforme a los términos expuestos en la parte considerativa.

**QUINTO:** ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", reconocer y pagar al señor LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA, la diferencia causada, a partir del treinta (30) de junio del año dos mil trece (2013), entre la asignación de retiro percibida y el reajuste ordenado, sumas indexadas conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

Por tratarse de pago 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.

**SEXTO:** Sin lugar a prescripción de mesadas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SÉPTIMO:** La entidad demandada deberá efectuar la deducción de los aportes con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", en forma indexada, según los términos expuestos en la parte considerativa.

Una vez realizada la reliquidación, de existir valores en favor de la entidad demandada respecto de los descuentos de los aportes, ésta deberá tener en cuenta que el monto de las mesadas pensionales no podrá ser inferior a la percibida a la fecha de esta providencia con los incrementos anuales legales.

**OCTAVO:** Se ordena dar cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 192 y siguientes del CPACA.

**NOVENO:** Abstenerse de condenar en costas.

*Radicación: 81001-3333-751-2015-00052-01*  
*Demandante: LUIS CARLOS PEREZ MONTOYA*  
*Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

**DECIMO:** *En firme este fallo, devuélvase al demandante e excedente si lo hubiere de las sumas consignadas ara gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI, en caso de no ser apelada la presente providencia."*

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas en esta instancia.

**TERCERO: NOTÍFQUESE** personalmente el presente fallo al Procurador Delegado ante esta Corporación.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

Se hace constar que el anterior proveído fue estudiado y aprobado por la sala en sesión de la fecha

  
LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO  
Magistrada

  
LUIS NORBERTO CERMEÑO  
Magistrado

  
YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO  
Magistrada

05:07 PM  
03 MAR 2019  
RUPZA R

