

ASIGNACION DE RETIRO - Marco normativo / OFICIALES DEL CUERPO ADMINISTRATIVO - Los profesionales con título de formación universitaria / OFICIALES DEL CUERPO DE JUSTICIA PENAL MILITAR EN LAS FUERZAS ARMADAS - Profesionales con título de abogado, escalafonado / MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA CON ESPECIALES FUNCIONES EN ACTIVIDAD MILITAR - Régimen prestacional especial / REGIMEN PRESTACIONAL ESPECIAL – Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares / JUSTICIA PENAL MILITAR - Remuneración especial y asignación de retiro / BONIFICACION DE GESTION JUDICIAL - Para magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar

En desarrollo de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública. A partir de la vigencia del Decreto 1790 de 2000, “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, en el artículo 27 también se dispuso que son oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar en las Fuerzas Militares, los profesionales con título de abogado, escalafonados en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, con el fin de ejercer funciones de magistrados, jueces militares, fiscales militares, auditores de guerra y funcionarios de instrucción. Ahora bien, el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en consideración al ejercicio de las especiales funciones que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar, fue previsto como un régimen prestacional especial, contenido en el Decreto 1211 de 1990, por el que, como ya se precisó, se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, y este estatuto en sus artículos 77, 158, 165 y 166, reguló la remuneración especial y la liquidación y pago de la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que presten sus servicios en la Justicia Penal Militar. Por su parte, el Decreto 4040 de 2004, por el cual se crea una bonificación de Gestión Judicial para los Magistrados del tribunal y otros funcionarios en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 77 / DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 158 / DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 163 / DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 164 / DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 165/ DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 166 / LEY 923 DE 2004 / DECRETO 4433 DE 2004 / DECRETO 1790 DE 2000 / DECRETO 4040 DE 2004

ASIGNACION DE RETIRO – Prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia / ASIGNACION DE RETIRO - Liquidación y pago de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares que prestan servicio en la Justicia Penal Militar / SUELDO BASICO - Concepto / LIQUIDACION ASIGNACION DE RETIRO - Salario del grado que ostentaba al momento del retiro / RELIQUIDACION ASIGNACION DE RETIRO - La asignación debe liquidarse con el monto real que percibía al momento del retiro como Magistrada del Tribunal Penal Militar / RELIQUIDACION ASIGNACION DE RETIRO DE MAGISTRADA DEL TRIBUNAL PENAL MILITAR - Debe liquidarse con la remuneración especial de las fuerzas militares / LIQUIDACION ASIGNACION DE RETIRO DE MAGISTRADA DEL TRIBUNAL PENAL MILITAR - Debe incluir la bonificación de gestión judicial como factor salarial / BONIFICACION DE GESTION JUDICIAL - Debe incluirse como factor salarial en la asignación de retiro

La asignación de retiro indudablemente se constituye en un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa, y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. Es así como, una vez observados los presupuestos normativos exigidos en la ley, los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), tendrán derecho a su reconocimiento y pago, en tanto su situación fáctica laboral se subsuma dentro de tales supuestos legales. Es por disposición de la misma Constitución Política que los miembros de la Fuerza Pública gozan o se benefician de un régimen prestacional especial, en consideración al ejercicio de las excepcionales funciones públicas que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar o policial. De ahí, el establecimiento de una normatividad legal diferente a la que se ha configurado respecto de los demás servidores públicos, y obviamente a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003. Como es sabido, el sueldo básico es la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador y por tanto es aquella proporción que se tiene como base para calcular los diferentes beneficios laborales como prestaciones sociales, seguridad social, exceptuando aquellos pagos que se hayan pactado como no constitutivos de salario. Si bien es cierto, en el presente caso, la demandada al momento de liquidar la asignación de retiro reconocida a la peticionaria, consideró que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, hacía referencia al salario del grado que

ostentaba la demandante al momento del retiro, también lo es que no era dable hacer tal distinción, pues si bien es cierto el juez puede interpretar la ley que aplica, también lo es que tal interpretación no puede ir en contra del trabajador y mal podía en sentir de esta Sala, agregar un ingrediente a la norma que no se encontraba expresamente consignado, como lo era el de establecer que la preceptiva al hacer relación a sueldo básico se estaba refiriendo al sueldo de actividad correspondiente a su grado. Así las cosas, mal podía la demandada al momento de realizar la liquidación de la asignación de retiro de la demandante, efectuarla con fundamento en el sueldo del grado que ostentaba al momento del retiro, pues de conformidad con el artículo 77 del Decreto 1211 de 1990, anteriormente transcrito, durante todo el tiempo que estuvo en servicio activo, la peticionaria devengó la asignación que le correspondía según el cargo que venía desempeñando ante la Justicia Penal Militar, motivo por el cual su asignación de retiro debía liquidarse con el monto real que percibía al momento de su retiro, esto es el sueldo básico que recibía como Magistrada del Tribunal Penal Militar. Que la anterior afirmación, también encuentra fundamento en el hecho de que tal y como se encuentra probado en el plenario, la peticionaria se desempeñó durante toda su vida laboral en la Justicia Penal Militar ejecutando funciones que le permitieron devengar el sueldo del cargo que desempeñaba, es decir, se hizo acreedora a lo señalado en los Decretos 618 y 630 de 2007, por los cuales se dictaron normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones y no el Decreto 1515 de 2007 que fija los sueldos para los oficiales que no desempeñan estos cargos, como mal lo interpreto la entidad demandada al proferir los actos demandados. La anterior solicitud tiene vocación de prosperidad en el entendido de que mediante el Decreto 4040 de 3 diciembre de 2004, se creó una Bonificación de Gestión Judicial para, entre otros, los Magistrados del Tribunal Superior Militar, como es el caso de la peticionaria, monto que sólo constituiría factor salarial para efectos de determinar la pensión de vejez, evento que se presenta en el sub examine, pues tal bonificación debe ser tenida en cuenta para efectos de efectuar la liquidación de la asignación de retiro, pues esta es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 48 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 53 / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTICULO 13 / DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 77 / DECRETO 4040 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00670-01(0552-10)

Actor: MARYCEL PLAZA ARTURO

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Referencia: Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales:

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por la señora MARYCEL PLAZA ARTURO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

2. PRETENSIONES

1.- La parte actora, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del

C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declare la nulidad parcial de la Resolución 3094 de 14 de noviembre de 2007, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro en la cual se tuvo como sueldo básico el del grado y no el devengado y la nulidad de la Resolución 0233 de 1° de febrero de 2008, proferida por la Caja de Sueldos de Retiro que resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión contenida en la resolución 3094.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar las sumas dejadas de cancelar de conformidad con la cuantía estimada de manera razonable, suma que deberá indexarse conforme a las reglas legales y a lo probado en el proceso; a que la mencionada condena se pague de manera retroactiva a partir del momento en que se desconoció el derecho quebrantado, esto es, desde la fecha en que se expidió la Resolución 3094 del 14 de noviembre de 2007, ordenando la reliquidación de la asignación de retiro a la Mayor ® Marycel Plaza Arturo, incluyendo el sueldo básico que aparece en la constancia de haberes y que sea la base de las demás primas a que tiene derecho y la bonificación por gestión judicial como base para su liquidación.

2. FUNDAMENTOS FACTICOS

Los hechos que fundamentan las pretensiones del actor, se pueden resumir de la siguiente manera:

La demandante ingresó como alumna en la Escuela Militar de Cadetes el 5 de septiembre de 1986, para realizar el curso de oficial del cuerpo administrativo del Ejército Nacional; que el 5 de diciembre del mismo año

ascendió al grado de Teniente siendo destinada al Comando del Ejército en el Departamento Jurídico.

Que el 17 de mayo de 1988, con la resolución N°. 2272 de 1988, fue nombrada en la Justicia Penal Militar como Auditora Auxiliar 17 de Guerra; que el 21 de abril de 1989, con el Decreto 672 de 1989, como Juez 49 de Instrucción Penal Militar; que el 21 de diciembre de 1990, con el Decreto 3082 de 21 de diciembre de 1990, como Juez 32 de Instrucción Penal Militar; que el 6 de septiembre de 1993, con la Resolución 09250 del 20 de agosto de 1993, como Juez 45 de Instrucción Penal Militar; el 12 de agosto de 2000 con la Resolución 1217 del 12 de agosto de 2000, como Juez 49 de Instrucción Penal Militar; el 19 de febrero de 2002, con la Resolución 0140 de 2002, fue nombrada como Juez Segundo de División; que con el Decreto 009 de 2006 del 6 de enero de 2006, fue nombrada como Magistrada del Tribunal Superior Militar.

Que mediante la Resolución número 3171 del 9 de agosto de 2007, con novedad fiscal del 10 de agosto de 2007, se retiró como militar del servicio activo, teniendo como último salario mensual devengado el de trece millones treinta y un mil veintiocho pesos.

Que mediante la Resolución 3094 de 14 de noviembre de 2007, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro en calidad de Mayor ® del Ejército Nacional por haber trabajado 21 años, 5 meses y 25 días.

Que en su sentir, dicha asignación de retiro se reconoció con fundamento en el grado y no en el sueldo básico devengado según consta en la certificación de haberes, cuando el que le correspondía era el del cargo de Magistrada del Tribunal Superior Militar, dado que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004,

determinó como parámetro de liquidación el sueldo básico y no el sueldo básico del grado.

Que el Decreto 1211 de 1990, en el artículo 77 párrafo 2°, regula la forma de liquidar los haberes de aquellos oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que desempeñan cargos en la Justicia Penal Militar, permitiendo que reciban la asignación correspondiente al cargo y el último cargo desempeñado por la peticionaria fue el de Magistrada del Tribunal Superior Militar, razón por la que la asignación de retiro debía liquidarse con fundamento en los Decretos 618 y 630 de 2007 y no con base en el Decreto 1515 de 2007, que fijan los sueldos para los militares que no desempeñan estos cargos.

Que los Decretos que se tuvieron en cuenta para cancelarle el sueldo de Magistrada ante el Tribunal Superior Militar fueron los distinguidos con los números 618 y 630 de 2007; que igualmente se tuvo en cuenta el Decreto 4040 de 2004 que soporta la bonificación de gestión judicial que devengan quienes desempeñan el cargo de Magistrado de Tribunal. Dicha bonificación al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° “Constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, y sobrevivientes y hará parte del ingreso base de liquidación debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado, incluyendo esta bonificación.”

Que la última asignación que percibió, julio de 2007, ascendió a un monto de \$15'776.406 y, sin embargo, solamente se computaron partidas correspondientes a \$3'696.035, aplicando simplemente el salario básico del Grado de Mayor.

Que en el Oficio 78837 de 11 de febrero de 200, el Jefe de Personal del Comando General de las Fuerzas Militares informó que la bonificación por compensación se cancelo de acuerdo al Decreto 4040 de 2004, no obstante la liquidación de la asignación de retiro se hizo, en su sentir de manera errónea, con fundamento en el sueldo básico del grado sin que la norma señalara nada al respecto.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas transgredidas citó los artículos 2º, 13 y 53 de la Constitución Política; artículos 2º, 3º y 13 del Decreto 4433 de 2004; Decreto 4040 de 2004; Decreto 618 de 2007; artículo 77 párrafo segundo del Decreto 1211 de 1990.

Como concepto de la violación señaló con fundamento en diversas jurisprudencias que el Juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más interpretaciones posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica.

Que el artículo 13 del capítulo 1º del Decreto 4433 del 3 de diciembre de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, consagra lo relativo a la asignación de retiro.

Que dado que el último sueldo recibido por la demandante al momento del retiro ascendió a la suma de \$3.864.759, es esa la suma que debe tenerse

en cuenta para efectos de que se liquide la asignación de retiro y sea la base para liquidar las primas que contempla la norma.

Que no comparte la posición de la Jefatura de Personal al determinar como sueldo básico un valor de \$1'607.610, monto que, como ya se precisó, no corresponde a la suma que realmente recibió de conformidad con la constancia de haberes, pues debió incluir el ítem correspondiente a Bonificación de Gestión Judicial que consagra el inciso 5° del artículo 4° del Decreto 4040 de 2004, por haber sido funcionaria de la justicia penal militar.

Que al no incluir el sueldo básico que se recibía, ni la bonificación de gestión judicial que venía devengando, como base de liquidación en el acto administrativo que determinó las partidas computables para la asignación de retiro, se incurrió en una vía de hecho al desconocer de manera flagrante un derecho fundamental, el derecho al debido proceso con afectación al mínimo vital de quien lo solicita y el derecho a la igualdad.

2.- La parte demandada contestó la demanda dentro de la oportunidad procesal, oponiéndose a las pretensiones.

Manifestó que la negativa de la Entidad a la solicitud del reajuste de retiro a la demandante, tuvo su fundamento en que los miembros de la fuerza pública obedecen a un régimen especial; por lo tanto los reconocimientos de asignaciones de retiro se deben efectuar conforme a las disposiciones especiales que regulan la carrera de oficiales y suboficiales las fuerzas militares, vigentes para la fecha del reconocimiento de la prestación; en el presente caso la señora Mayor ® del Ejército Marycel Plaza Arturo, fue retirada de la actividad militar por solicitud propia, a partir del 9 de noviembre

de 2007, por lo tanto su asignación de retiro se reconoció de acuerdo a lo establecido en el Decreto 4433 de 2004.

Que la Caja de Retiro reconoció la prestación de la peticionaria en su calidad de militar retirado, aplicando para ello los requisitos y presupuestos establecidos para el efecto en la normatividad especial que regula la materia, a la cual se ha venido haciendo mención, la cual difiere a otros sistemas de pensiones; es así que para efectos del reconocimiento de asignación de retiro se prevé el cumplimiento de 20 años de servicio sin importar la edad, diferente de otros regímenes pensionales.

Que si la demandante deseaba que se le reconociera su prestación en calidad de Magistrada, debía acogerse a una pensión de jubilación y no asignación de retiro en su calidad de militar retirado, la cual le correspondería reconocer al Ministerio de Defensa Nacional y no a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues esta es la encargada únicamente del reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales, que acceden a tal derecho; adicionalmente se le deberá exigir el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para efectos de la pensión de jubilación que como se indicó difieren de los exigidos para el régimen especial de la Fuerza Pública y traerá como consecuencia la extinción de la asignación de retiro a partir de la fecha del reconocimiento de la nueva prestación que le permita la viabilidad de dicho reconocimiento, evitando la configuración de un doble pago.

Que en el presente caso, la prestación quedo consolidada bajo el imperio del Decreto 4433 de 2004, constituyéndose en un derecho adquirido, no siendo aplicables modificaciones de otras normas, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario, lo que no sucedió en el presente caso;

por lo que no le asiste razón al demandante al solicitar el reajuste de su asignación de retiro, con fundamento en disposiciones que no le son aplicables.

Que si bien es cierto los diferentes estatutos que regulan las prestaciones sociales de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, han establecido unas remuneraciones especiales, también lo es que estas son de carácter eventual y se reconocen a los militares que reúnan ciertos requisitos y que se encuentren en servicio activo, sin que por ello pueda considerarse como factor salarial computable para efectos de asignación de retiro, máxime cuando la demandante ostenta la calidad de beneficiaria de la asignación de retiro de conformidad con el grado de oficial que ostentaba, de acuerdo al régimen especial que le es aplicable.

4. EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia de 22 de octubre de 2009, negó las pretensiones de la demanda.

Realizó una relación de las normas jurídicas aplicables al caso y concluyó, lo siguiente:

Respecto de la solicitud de la demandante de que por el hecho de haber ejercido el cargo de Magistrada del Tribunal Superior Militar, tenía derecho a que su asignación de retiro fuera liquidada con los haberes establecido en los Decretos 618 y 630 de 2007, es decir, incluyendo la bonificación por gestión judicial creada por el Decreto 4040 de 2004, señaló que las normas invocadas no hacen parte del régimen especial que le corresponde como miembro de la fuerza pública, toda vez que pertenecen a la legislación que

determina el reconocimiento de las prestaciones del personal civil que labora dentro de la Justicia Penal Militar o de la misma Rama Judicial.

De otra parte, manifestó que “teniendo en cuenta que la demandante venía vinculada durante toda su vida laboral a la Justicia Penal Militar, en la que si bien es cierto en términos legales fue militar del cuerpo administrativo, obtuvo su prestación como militar, situación en la que concluyó su carrera; no es exigible que le cobije el régimen de pensiones del personal civil, a pesar de que su último cargo fue el de Magistrada de la Justicia Penal Militar”.

Consideró, con fundamento en lo anterior, que la decisión que adoptó la entidad demandada de no reliquidar la asignación considerando los haberes devengados como Magistrada de la Justicia Penal Militar, resulta ajustada al ordenamiento jurídico.

5. DE LA APELACION

La parte demandante apeló oportunamente la providencia que negó las pretensiones de la demanda. Señaló que la sentencia recurrida omitió resolver lo realmente pretendido en la demanda, a saber, si el concepto de sueldo básico es igual al sueldo básico del grado, pues en su parecer, la entidad demandada liquidó su asignación de retiro con fundamento en el sueldo básico del grado cuando el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, señala que debe hacerse con base en el sueldo básico.

Afirmó, que igualmente difiere de la providencia impugnada, porque a diferencia de lo que entendió el Tribunal, nunca fundamentó su solicitud en la aplicación del régimen pensional que regula al personal civil.

Que tanto en la demanda como en los alegatos se ha referido al 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” que en su artículo 13 fijó las partidas computables para la asignación de retiro del personal de las fuerzas militares, que fue la norma tenida en cuenta por la Caja al momento de realizar la liquidación correspondiente a la asignación de retiro, por ser la norma vigente al momento de su retiro del servicio activo; que en el presente caso el problema es frente a la interpretación que debe darse a dicha norma.

Manifiesta, que en el presente caso la entidad demandada dio aplicación a lo establecido en el Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro, cuyos valores fueron liquidados de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1515 de 2007, Decreto que fijó el salario para los miembros de la Fuerza Pública. No obstante el artículo 13 de la norma en mención en ningún momento señala que el sueldo básico y demás primas a tener en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro, sean los determinados en el Decreto de sueldos para los miembros de la Fuerza Pública, sino que simplemente se está refiriendo al sueldo básico y demás partidas computables, entendiéndose como tal el que devengaba el oficial o suboficial al momento de su retiro, sin que importe cual decreto le haya fijado su salario en actividad. Y es sobre ese sueldo básico que recibía la Mayor ® Marycel Plaza Arturo al momento de su retiro, que se solicita sea tenido en cuenta a efectos de estimar todas las primas y partidas computables para determinar la asignación de retiro.

Que la demandada interpretó que se trata de sueldo básico del grado, distinción que no hizo la norma y que, en su parecer, si la ley no está

haciendo distinciones en esa materia no puede hacerlo el intérprete, y menos en forma desfavorable a los intereses del trabajador.

Que de conformidad con lo anterior, no podía la Caja de Sueldos de Retiro liquidar la asignación de retiro conforme a un sueldo básico diferente al que percibía la actora al momento de su retiro, luego si la constancia de haberes señaló como sueldo básico la suma de \$3'864.759.55, es esa la suma que debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro.

Que dado que la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que para efectos de la liquidación de una pensión deben incluirse todos los aspectos que constituyan factor salarial y que correspondan a los realmente recibidos, para el caso de la actora es necesario que para la liquidación de su asignación de retiro se tengan en cuenta los últimos haberes recibidos, pues hacerlo de manera diferente frente a los militares que perciben sueldos especiales resulta ser inconstitucional y contrario a los principios de dignidad humana e igualdad y violatorio a los derechos al mínimo vital y a la seguridad social.

Que en su parecer, la base del salario que tuvo en cuenta la Caja de Sueldos de Retiro para liquidar la asignación de retiro fue la de un militar combatiente, y no la que recibía en el cargo que desempeñaba, situación que es a todas luces discriminatoria frente a los otros funcionarios que también desempeñaron cargos de igual categoría, a quienes sí les tomaron en cuenta el último sueldo devengado para efectos de liquidar su pensión.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que lo invalide, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con los lineamientos establecidos en el recurso de apelación, el presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las Resoluciones 3094 de 14 de noviembre de 2007 y 233 de 1° de febrero de 2008 proferidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de las cuales se reconoció la asignación de retiro a la actora con fundamento en el sueldo de actividad correspondiente a su grado de Mayor del Ejército y no el que devengaba como Magistrada del Tribunal Penal Militar.

Para llegar a una conclusión respecto del problema planteado, previamente se realizará la relación de lo que se encuentra probado en el proceso, así:

Se observa a folio 49, la Resolución N° 3171 del 9 de agosto de 2007, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional por la cual se resuelve retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional -, en forma temporal con pase a la reserva, por solicitud propia, con novedad fiscal 10 de agosto de 2007, de conformidad con lo previsto en los artículos 100 literal a) numeral 1° y artículo 101 del Decreto 1428 de 2007, entre otros, a la Mayor Marycel Plaza Arturo, quien continuará dada de alta por el lapso de tres (3) meses contados a partir de la fecha de retiro en la Tesorería Principal del Comando del Ejército Nacional, en los términos y para los efectos del artículo 164 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Obra a folio 50 la Resolución N°. 1428 de 30 de agosto de 2007, proferida por el Jefe de Desarrollo de Humano del Ejército Nacional, por la cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 del Decreto 1211 de 1990, se aprueba la hoja de servicios, entre otros, de la Mayor Marycel Plaza Arturo, retirada de las Fuerzas Militares del Ejército Nacional.

Se encuentra a folios 4 a 6 del expediente, la Resolución 3094 del 14 de noviembre de 2007, - CREMIL 70082, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a la señora Mayor ® del Ejército Marycel Plaza Arturo quien fue retirada de la actividad militar por solicitud propia, baja efectiva a partir del 9 de noviembre de 2007.

En el numeral 3° de la parte considerativa del acto anteriormente mencionado, se señala:

*“Que de conformidad con las disposiciones legales contenidas en los Artículos 13 y 14 del Decreto 4433 de 2004, la militar arriba mencionada tiene derecho al reconocimiento de una Asignación de Retiro en cuantía del 74% del **sueldo de actividad correspondiente a su grado**, cuyos valores deben liquidarse de acuerdo al sueldo básico, según lo dispuesto en el Decreto 1515 de 2007.”* (negrillas fuera de texto)

Se advierte a folios 8 a 11 del plenario la Resolución 0233 del 1° de febrero de 2008, proferida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando la Resolución N°. 3094 de 14 de noviembre de 2007, que ordenó el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro a la señora Mayor ® del Ejército señora Marycel Plaza Arturo, en la que consta:

“...es claro que la recurrente se le debe reconocer su asignación de retiro de acuerdo a las partidas incluidas en la hoja de servicios enviada por el comando de la respectiva fuerza, razón por la cual,

esta Caja no puede modificar o incluir primas, partidas o porcentajes diferentes a los señalados taxativamente por la norma vigente al momento del retiro.

Así mismo, cabe precisar que la recurrente fue retirada en calidad de oficial del cuerpo administrativo escalafonada en el Ejército, motivo por el cual le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Mayor ® y por ende se le debe efectuar el pago de sus asignación de retiro de acuerdo al sueldo básico fijado por el Decreto expedido por el Gobierno Nacional para el grado respectivo, toda vez que la asignación de retiro es diferente a la pensión de jubilación que reconoce el Ministerio de Defensa al personal civil que ha prestado su servicio en dicho Ministerio, pero que no se escalafonó en el grado de militar y que se regula por el Decreto 1214 de 1990, de acuerdo a parámetros normativos diferentes.”

Marco normativo que rige la asignación de retiro.

El Decreto N° 1211 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Sub Oficiales de las Fuerza Militares expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, señaló:

*“ARTICULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, **y los que se retiren a solicitud***

propia después de 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 cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto. (negrillas de la Sala)

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

ARTICULO 164. TRES MESES DE ALTA. Los Oficiales y Suboficiales que sean pasados a la situación de retiro temporal o absoluto con quince (15) o más años de servicio o con derecho a pensión de invalidez, continuarán dados de alta en la respectiva Contaduría por tres (3) meses, a partir de la fecha que se cause la novedad de retiro, para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso y salvo lo dispuesto en el artículo 178 de este Decreto devengarán la totalidad de los haberes de actividad correspondientes a su grado. Tal período se considerará como de servicio activo, para efectos prestacionales.

En desarrollo de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto **4433 del 31 de diciembre de 2004**, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública que, entre otros, dispuso:

*“Artículo 39. **Asignación de retiro** o pensión en situaciones especiales. La asignación de retiro o pensión de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Soldados Profesionales y Agentes en servicio activo que al momento del retiro o de la invalidez o muerte, se encuentren destinados en comisión en el exterior o desempeñando cargos en el Ministerio de Defensa Nacional, en las entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas a este o en otras dependencias oficiales cuyos cargos tengan remuneraciones especiales, se liquidarán de conformidad con las partidas computables establecidas en el presente decreto, como si se encontrara destinado en el Comando de Fuerza respectivo o en la Dirección General de la Policía Nacional.*

TITULO II

ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION DE SOBREVIVIENTES DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES

CAPITULO I

Asignación de retiro

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.** (negrillas de la Sala)*

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 6° 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 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

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

Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 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, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, 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, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.”

Por su parte el Decreto 1211 de 1990, anteriormente mencionado, respecto a la Jerarquía de las Fuerzas Militares consagró varios grados para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y justicia penal militar, así:

“TITULO II

DE LA JERARQUIA, CLASIFICACION, ESCALAFON, INGRESO,
FORMACION Y ASCENSO

CAPITULO I

DE LA JERARQUIA

ARTICULO 4o. JEFE DE LAS FUERZAS MILITARES. El Presidente de la República es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Militares.

ARTICULO 5o. JERARQUIA. La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y justicia penal militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Estatuto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

I. OFICIALES

EJERCITO

- a. Oficiales Generales: General, Mayor General, Brigadier General
- b. Oficiales Superiores: Coronel, Teniente Coronel, Mayor
- c. Oficiales Subalternos: Capitán, Teniente, Subteniente

ARMADA

- a. Oficiales de Insignia: Almirante, Vicealmirante, Contraalmirante
- b. Oficiales Superiores: Capitán de Navío, Capitán de Fragata, Capitán de Corbeta
- c. Oficiales Subalternos: Teniente de Navío, Teniente de Fragata, Teniente de Corbeta

FUERZA AEREA

- a. Oficiales Generales: General, Mayor General, Brigadier General

- b. Oficiales Superiores: Coronel, Teniente Coronel, Mayor
- c. Oficiales Subalternos: Capitán, Teniente, Subteniente.

II. SUBOFICIALES

EJERCITO

Sargento Mayor, Sargento Primero, Sargento Viceprimero, Sargento Segundo, Cabo Primero, Cabo Segundo

ARMADA

Suboficial Jefe Técnico, Suboficial Jefe, Suboficial Primero, Suboficial Segundo, Suboficial Tercero, Marinero

FUERZA AEREA

Suboficial Técnico Jefe, Suboficial Técnico Subjefe, Suboficial Técnico Primero, Suboficial Técnico Segundo, Suboficial Técnico Tercero, Suboficial Técnico Cuarto

Señalo una clasificación según funciones, contenida en el artículo 8° del citado decreto:

“CAPITULO II

DE LA CLASIFICACION Y ESCALAFON

ARTICULO 8o. CLASIFICACION. Según sus funciones los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifican, así:

I. OFICIALES

EJERCITO

- a. Oficiales de las Armas
- b. Oficiales del Cuerpo Logístico
- c. Oficiales del Cuerpo Administrativo (negrillas de la Sala)

ARMADA

- a. Oficiales del Cuerpo Ejecutivo
- b. Oficiales del Cuerpo de Infantería de Marina
- c. Oficiales del Cuerpo Logístico
- d. Oficiales del Cuerpo Administrativo

FUERZA AEREA

- a. Oficiales de Vuelo
- b. Oficiales de Infantería de Aviación
- c. Oficiales del Cuerpo Logístico
- d. Oficiales del Cuerpo Administrativo

II. SUBOFICIALES

EJERCITO

- a. Suboficiales de las Armas
- b. Suboficiales del Cuerpo Logístico
- c. Suboficiales del Cuerpo Administrativo

ARMADA

- a. Suboficiales del Cuerpo de Mar
- b. Suboficiales del Cuerpo de Infantería de Marina
- c. Suboficiales del Cuerpo Logístico
- d. Suboficiales del Cuerpo Administrativo

FUERZA AEREA

- a. Suboficiales Técnicos
- b. Suboficiales de Infantería de Aviación
- c. Suboficiales del Cuerpo Logístico
- d. Suboficiales del Cuerpo Administrativo”

En el artículo 15 de la mencionada preceptiva, se definió a los oficiales del cuerpo administrativo, así:

“Son Oficiales del Cuerpo Administrativo en las Fuerzas Militares los profesionales con título de formación universitaria conforme a las normas de educación superior vigentes en todo tiempo, escalonados en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea con el propósito de ejercer su profesión en las Fuerzas Militares, o los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que habiendo obtenido el referido título, soliciten servir en el Cuerpo Administrativo.”

A partir de la vigencia del Decreto 1790 de 2000, “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, en el artículo 27 también se dispuso que son oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar en las Fuerzas Militares, los profesionales con título de abogado, escalafonados en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, con el fin de ejercer funciones de magistrados, jueces militares, fiscales militares, auditores de guerra y funcionarios de instrucción.

Ahora bien, el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en consideración al ejercicio de las especiales funciones que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar, fue previsto como un régimen prestacional especial, contenido en el Decreto 1211 de 1990, por el que, como ya se precisó, se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, y este estatuto en sus artículos 77, 158, 165 y 166, reguló la remuneración especial y la liquidación y pago de la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que presten sus servicios en la Justicia Penal Militar, de la siguiente manera:

*ARTICULO 77. REMUNERACIONES ESPECIALES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo que desempeñen cargos en el Ministerio de Defensa Nacional, en los organismos descentralizados adscritos o vinculados a éste o en otras dependencias oficiales cuyos cargos tengan remuneraciones especiales, **devengarán la asignación correspondiente al cargo**, siempre que no sea inferior a la del grado. (negritas de la Sala)*

Las primas, y subsidios que les correspondan como militares, con excepción de la prima para Oficiales del Cuerpo Administrativo de que trata el artículo 96

de este Decreto, se liquidarán y pagarán sobre el sueldo básico del grado y serán de cargo del Ministerio de Defensa.

PARAGRAFO 1o. Ningún Oficial o Suboficial, podrá devengar una remuneración total superior a la fijada para los Ministros del Despacho y los Jefes de Departamento Administrativo, por concepto de sueldo básico y gastos de representación. Cuando la remuneración total del Oficial o Suboficial supere el límite fijado anteriormente, el excedente deberá ser deducido de las primas que le correspondan como militar.

PARAGRAFO 2o. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo que desempeñen cargos en la Justicia Penal Militar y en su Ministerio Público, se les liquidaran y pagarán sus haberes, en la siguiente forma:

a. Las primas que como militares les corresponda, a excepción de la Prima para Oficiales del Cuerpo Administrativo de que trata el artículo 96.

b. El sueldo del respectivo cargo en cuantía que sumada con las primas anteriores iguale las asignaciones establecidas en las disposiciones vigentes sobre la materia, de tal manera que las primas, bonificaciones y sueldos no, sobrepasen las asignaciones correspondientes a los cargos que desempeñan.

c. Para efectos del límite de la remuneración, a este personal se le aplicará lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 78 de 1990 o normas que los sustituyan, modifiquen o adicionen.

PARAGRAFO 3o. Las entidades pagadoras del Ministerio de Defensa que cubran las primas y subsidios, descontarán las sumas correspondientes a los porcentajes a que haya lugar con destino a la Caja de Vivienda Militar y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidadas sobre el sueldo básico correspondiente al grado del Oficial o Suboficial.

...

*ARTICULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que **sea retirado del servicio activo** bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:*

*- **Sueldo básico.***

- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.*
- Prima de antigüedad.*
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.*
- Duodécima parte de la prima de Navidad.*
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.*
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.*

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, sera computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

...

*ARTICULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que **sean retirados del servicio activo** después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener*

causa justificada, o por conducta deficiente, y los que **se retiren a solicitud propia** después de 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 cincuenta por ciento (50%) del **monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto**, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

ARTICULO 165. PRESTACIONES POR RETIRO O MUERTE EN SITUACIONES ESPECIALES. Las prestaciones sociales de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren o sean retirados durante el desempeño de comisiones en el exterior, o mientras se encuentren disfrutando de las remuneraciones especiales a que se refiere el artículo 77 de este Decreto, serán las correspondientes al grado respectivo y **se liquidarán y**

pagaran sobre la base de los haberes que percibirían si se encontraran prestando sus servicios en la guarnición de Bogotá.

En caso de muerte del Oficial o Suboficial que se encuentre en las situaciones especiales a que se refiere este artículo, se procederá en igual forma para el reconocimiento de las prestaciones a favor de sus beneficiarios.” (negrillas de la Sala)

Por su parte, el Decreto 4040 de 2004, por el cual se crea una bonificación de Gestión Judicial para los Magistrados del tribunal y otros funcionarios en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, establece en su artículo 1°:

“A partir de la vigencia del presente Decreto, créase una Bonificación de Gestión Judicial, con carácter permanente, que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales iguale al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto devenguen los magistrados de las Altas Cortes, para los Funcionarios de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación, que a partir de la misma fecha se vinculen al servicio en los empleos que se señalan a continuación:

- Magistrados de Tribunal y Consejo Seccional.
- **Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar.**
- Magistrados Auxiliares de Altas Cortes.
- Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado Fiscales Delegados ante Tribunales del Distrito Fiscales Auxiliares ante la corte Suprema de Justicia.
- Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial.
- Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura.

- Igualmente, tendrán derecho a esta bonificación de Gestión judicial quienes ingresen con posterioridad a la publicación de este Decreto, a la Procuraduría General de la Nación, en empleos en los que actúen de manera permanente como Agentes del ministerio Público ante los Magistrados de Tribunal a que se refiere el presente artículo.

La Bonificación de Gestión Judicial, pagadera mensualmente, solo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral del ingreso base de liquidación debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado, incluyendo esta bonificación. (negrillas de la Sala)

En sentir de la recurrente, la asignación de retiro que le fuera reconocida debe ser reliquidada como quiera que la entidad demandada interpretó de manera errónea lo señalado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, norma aplicable a su caso, pues ordenó su liquidación con fundamento en el sueldo básico del grado cuando tal preceptiva sólo establecía sueldo básico, sin hacer ningún tipo de distinción.

Para llegar a una decisión respecto del problema planteado se realizarán las siguientes precisiones:

En el caso sub examine, se encuentra probado que la demandante tenía derecho a devengar asignación de retiro, como quiera que tenía más de 20 años de servicio y su dimisión se produjo por voluntad propia.

La asignación de retiro indudablemente se constituye en un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa, y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad

social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Es así como, una vez observados los presupuestos normativos exigidos en la ley, los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), tendrán derecho a su reconocimiento y pago, en tanto su situación fáctica laboral se subsuma dentro de tales supuestos legales. Es por disposición de la misma Constitución Política que los miembros de la Fuerza Pública gozan o se benefician de un régimen prestacional especial, en consideración al ejercicio de las excepcionales funciones públicas que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar o policial. De ahí, el establecimiento de una normatividad legal diferente a la que se ha configurado respecto de los demás servidores públicos, y obviamente a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003.

En el momento en el que se desvinculó la militar del servicio activo (9 de noviembre de 2007, ver folio 49) y consolidó su derecho a devengar asignación de retiro (10 de noviembre de 2007, ver folio 52) la norma que se encontraba vigente y era aplicable a su caso, es el Decreto 4433 de 2004, estatuto que regula las prestaciones sociales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

El artículo 13 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, señaló que para liquidar la asignación de retiro debía tenerse en cuenta, entre otros, la partida que denominó sueldo básico. De igual manera precisó que no era procedente incluir a tal liquidación ninguna partida correspondiente a primas, subsidios,

bonificaciones, auxilios y compensaciones, adicionales a las expresamente allí consignadas.

Como es sabido, el sueldo básico es la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador y por tanto es aquella proporción que se tiene como base para calcular los diferentes beneficios laborales como prestaciones sociales, seguridad social, exceptuando aquellos pagos que se hayan pactado como no constitutivos de salario.

Si bien es cierto, en el presente caso, la demandada al momento de liquidar la asignación de retiro reconocida a la peticionaria, consideró que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, hacía referencia al salario del grado que ostentaba la demandante al momento del retiro, también lo es que no era dable hacer tal distinción, pues si bien es cierto el juez puede interpretar la ley que aplica, también lo es que tal interpretación no puede ir en contra del trabajador y mal podía en sentir de esta Sala, agregar un ingrediente a la norma que no se encontraba expresamente consignado, como lo era el de establecer que la preceptiva al hacer relación a sueldo básico se estaba refiriendo al sueldo de actividad correspondiente a su grado.

Así las cosas, mal podía la demandada al momento de realizar la liquidación de la asignación de retiro de la demandante, efectuarla con fundamento en el sueldo del grado que ostentaba al momento del retiro, pues de conformidad con el artículo 77 del Decreto 1211 de 1990, anteriormente transcrito, durante todo el tiempo que estuvo en servicio activo, la peticionaria devengó la asignación que le correspondía según el cargo que venía desempeñando ante la Justicia Penal Militar, motivo por el cual su asignación de retiro debía

liquidarse con el monto real que percibía al momento de su retiro, esto es el sueldo básico que recibía como Magistrada del Tribunal Penal Militar.

Que la anterior afirmación, también encuentra fundamento en el hecho de que tal y como se encuentra probado en el plenario, la peticionaria se desempeñó durante toda su vida laboral en la Justicia Penal Militar ejecutando funciones que le permitieron devengar el sueldo del cargo que desempeñaba, es decir, se hizo acreedora a lo señalado en los Decretos 618 y 630 de 2007, por los cuales se dictaron normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones y no el Decreto 1515 de 2007 que fija los sueldos para los oficiales que no desempeñan estos cargos, como mal lo interpreto la entidad demandada al proferir los actos demandados.

Ahora bien, es del caso señalar que si bien es cierto de conformidad con la Hoja de Servicios 1011/287 sin fecha, proferida por la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, el sueldo básico computable para la asignación de retiro ascendía a un monto de \$1.607.610, valor que fue tenido en cuenta por la demandada, también lo es que el mismo documento señala que el sueldo básico que percibía la peticionaria señora Mayor ® Marycel Arturo Plaza ascendía a un monto de \$3.864.759, valor éste, que era el debía ser el tenido en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro que le fuera reconocida, pues este monto es el que efectivamente percibía como Magistrada del Tribunal Superior Militar.

Que igualmente, de según el certificado suscrito por el Jefe de Atención al Usuario de la Dirección de Personal del Ejército Nacional obrante a folio 15

del expediente, la señora Mayor ® Marycel Plaza Arturo identificada con C.C. N°. 31883180 Orgánico del Departamento de Justicia Penal Militar con código Militar 8643518, en la Nomina Mensual de activos del mes de julio de 2007, devengó un sueldo mensual de \$3'864.759.

La anterior solicitud tiene vocación de prosperidad en el entendido de que mediante el Decreto 4040 de 3 diciembre de 2004, se creó una Bonificación de Gestión Judicial para, entre otros, los Magistrados del Tribunal Superior Militar, como es el caso de la peticionaria, monto que sólo constituiría factor salarial para efectos de determinar la pensión de vejez, evento que se presenta en el sub examine, pues tal bonificación debe ser tenida en cuenta para efectos de efectuar la liquidación de la asignación de retiro, pues esta es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.

Por lo expuesto, entonces, es viable acceder a la reliquidación de la asignación de retiro de la Mayor ® Marycel Plaza Arturo, y en consecuencia se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones acusadas que ordenaron el reconocimiento y pago de la asignación con fundamento en el sueldo básico del grado y no el realmente devengado por la peticionaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

1°. **REVÓCASE** la providencia proferida el 22 de octubre de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por la señora Marycel Plaza Arturo contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

2°. **DECLÁRASE** la nulidad parcial de las Resoluciones 3094 de 14 de noviembre de 2007 y 0233 del 1° de febrero de 2008, proferidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de las cuales se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro con fundamento en el sueldo básico del grado y no del devengado.

En consecuencia,

3°. **CONDÉNASE** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reliquidar la asignación de retiro que le fuera reconocida a la peticionaria con fundamento en el sueldo básico devengado por la peticionaria al momento de su retiro.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PÚBLIQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
RINCÓN**

ALFONSO VARGAS

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO