



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
EXPEDIENTE No.	70-001-33-33-002-2016-00014-01.
DEMANDANTE:	CARLOS ARTURO ESCOBAR VERTEL
DEMANDADO:	CREMIL

Procede la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Sucre, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, el día 2 de febrero 2018, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.¹

El demandante **pretende** la nulidad de los Oficios No. 48763 de julio 16 de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro, y No. 62244 del 3 de septiembre de 2015, mediante el cual se resolvió de forma negativa el recurso de reposición interpuesto.

¹ Folios 29 a 37, c. 1.

Como restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada, reliquidar la asignación de retiro tomando como base para la liquidación de la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; se condene igualmente a la reliquidación de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con el 70% de la asignación básica más el 38.5 de la prima de antigüedad.

Igualmente pretende que se inaplique, por inconstitucional, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, ya que viola en el caso particular el principio fundamental a la igualdad, al no incluirse el subsidio familiar como partida computable de la liquidación de la asignación de retiro reconocida a los infantes de marina profesionales.

Se narraron los siguientes **hechos** relevantes.

El señor CARLOS ARTURO ESCOBAR VERTEL ingresó a la Armada Nacional en calidad de soldado voluntario el 1º de septiembre de 1990, teniendo esa misma condición en el mes de diciembre del 2000, por lo que la vinculación en ese periodo estuvo gobernada por los parámetros de la Ley 131 de 1985.

Por decisión de la Armada Nacional, el señor CARLOS ARTURO ESCOBAR VERTEL, al igual que todos los soldados voluntarios, pasaron a ser soldados profesionales a partir del 14 de agosto de 2003, fecha a partir de la cual estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y posteriormente por el Decreto 4433 de 2004. Estuvo vinculado a la Armada Nacional durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en adelante CREMIL, la que le fue reconocida mediante Resolución No. 4238 del 13 de septiembre de 2011.

Asegura que la asignación de retiro reconocida se encuentra indebidamente liquidada, pues no tiene en cuenta lo previsto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, según el cual la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares debe ser equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual y a lo anterior, se debe adicionar un 38.5% de la prima de antigüedad, según lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En el mismo sentido, para el actor la liquidación de la asignación de retiro en comento, desatendió lo estipulado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, pues, debió liquidarse con base al salario básico incrementado en un 60% y no en un 40% tal como lo hizo la entidad accionada.

Y por último, sostiene que CREMIL no incluyó como partida computable para establecer el monto de la asignación de retiro, el subsidio familiar devengado por el actor en aplicación del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004. Para tal fin, sostuvo que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser abiertamente contrario a los artículos 13 y 53 de la C. P., ya que los soldados profesionales se encuentran en desigualdad de condiciones con respecto de los Oficiales y Suboficiales de la Armada Nacional y demás miembros de las Fuerzas Militares y Ministerio de Defensa, pues para ellos se incluye como partida computable para la asignación de retiro, el subsidio familiar.

b. Contestación de la demanda.²

La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**, presentó la contestación de la demanda oponiéndose a todas y cada una

² Folios 55 a 61 c. 1.

de las pretensiones aludidas por la parte actora, aceptando lo hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, y negando los restantes.

Bajo el rotulo de excepciones, propuso las siguientes:

- i) **Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes.** Argumenta que las normas que regulan y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, gozan de presunción de legalidad por lo que siendo los actos en que se fundamenta la decisión demandada, también está revistada de legalidad.
- ii) **Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro.** Informa que la metodología de liquidación efectuada en el acto de reconocimiento, se ajusta al ordenamiento jurídico, en el sentido que el 70% se debe extraer del resultado del cómputo de la asignación básica incrementado en un 40% sobre el 38.5% de la prima de antigüedad.
- iii) **Inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste solicitado 40-60%.** Sobre el particular dice que de conformidad con la hoja de vida de servicios militares del actor, expedida por el Ministerio de Defensa, se encuentran las partidas computables, donde se enuncian el sueldo básico y la prima de antigüedad; sueldo básico que en virtud con lo dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se incrementa en un 40% y no en 60% como lo pretende el demandante.
- iv) **Ausencia de violación del derecho a la igualdad.** Justifica esta excepción diciendo que no se ha vulnerado tal derecho constitucional, pues, fue el legislador quien estableció los

parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, por lo que sí el accionante tiene reproches contra las normativas que sirvieron de sustento para el reconocimiento de la asignación de retiro, deberá atacarla judicialmente, para que su resultado tenga efecto directo a esa entidad demandada, pues ésta tiene proscrita la facultad de realizar interpretaciones a las normas prestacionales de estos servidores del Estado.

- v) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.** Afirma que la entidad ha actuado con apego al ordenamiento jurídico motivo suficiente para que se infiera que el acto acusado está desprovisto de cualquier motivación ajena a la realidad legal.

c. La sentencia de primera instancia.³

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el día 2 de febrero de 2018, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

Sustenta la decisión el *A-quo*, aseverando que el hecho que el accionante se hubiere desempeñado, en primer lugar, como soldado voluntario y luego hubiere sido incorporado como soldado profesional, no implica la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto 1794 de 2000, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, teniéndose que liquidar entonces la asignación con base en el salario mínimo mensual que devengada, incrementado en un 60%, y de éste extraer el 70% que corresponde a la base salarial, más el porcentaje por concepto de subsidio familiar equivalente al 4%, y a su resultado se adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad devengada.

³ Folio 141 a 147, c. 1.

Así las cosas, señaló que el demandante tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro, con base en aquellos parámetros, por lo que los actos acusados están viciados de nulidad, teniéndose la necesidad de reliquidar ese derecho pensional conforme la fórmula debidamente aplicada, descartando la utilizada por CREMIL.

Sin embargo, decretó la prescripción de las mesadas a reajustar, causadas con anterioridad al 3 de julio de 2012, haciendo la precisión que el reajuste debe comprender desde el instante en que adquirió el status de pensionado.

Por último, condenó en costas a la parte demandada

d. La apelación.

Dentro de la oportunidad procesal, la parte demandante y demandada apelaron la decisión emitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo.

La **parte demandante**⁴ se mostró en desacuerdo con la reglas de prescripción para el caso de los derechos prestacionales de los miembros activos y en retiro de las Fuerzas Militares, puesto que para ellos, no aplican los términos de cómputos previstos para el régimen general de prescripción de los empleados públicos de las distintas ramas de poder público y órganos de control, esto es, tres (3) años, pues, para el caso de los primeros según la Decreto 1211 de 1990, los términos prescriptivos son de cuatro (4) años, luego entonces, es ésta premisa que debe aplicar el fallador, y no la de los empleados ordinarios como efectivamente lo hizo el *A – quo*.

⁴ Folios 151 a 152, c. 1.

Por su parte, la **entidad demandada**⁵ argumentó que de acuerdo con las normas que regula la liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, se tiene que el acto acusado está investido de legalidad en tanto que las partidas computadas, como el porcentaje de liquidación y el salario base de liquidación se ajustan a los parámetros diseñados por el ordenamiento jurídico para estos tipos de servidores.

Frente al subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, manifestó que en el particular caso del actor, se ha aplicado la normatividad vigente al momento de los hechos para los respectivos reconocimientos de la asignación de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas computables, entre las que no se encuentran el subsidio familiar para las asignaciones de los soldados profesionales.

En cuanto a las costas y gastos procesales, adujo que si en gracia de discusión se decide emitir condena en contra de CREMIL en donde prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, es válido de acuerdo con el artículo 365 del CGP, exonerarla de pagos de costas procesales en segunda instancia, ya que no ha realizado actos dilatorios, temerarios o encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios de defensa judicial.

En consecuencia, pide que la sentencia sea revocada, y por ende, se nieguen las súplicas de la demanda.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 30 de abril de 2018 (F. 4, c. 2). Con proveído del 29 de mayo 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F. 8, c. 2), término dentro del cual se pronunció la parte demandante insistiendo que la sentencia en alzada

⁵ Folios 154 a 162, c. 1.

debe ser confirmada en virtud de la irregular liquidación de la asignación de retiro, trayendo a colación para tal efecto, sendos pronunciamientos del Consejo de Estado en torno a este mismo asunto.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público, no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

a. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, conforme las competencias del Juez de segunda instancia prevista en los artículos 320 y 328 del CGP, la Sala deberá establecer cuál es la fórmula que se debe tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de un ex Infante de Marina Profesional de las Fuerzas Militares, así como determinar si es procedente computar en la liquidación de la asignación de retiro el porcentaje reconocido por concepto de subsidio familiar.

b. Régimen salarial y prestacional de los infantes de marina voluntarios que posteriormente se convirtieron en infantes de marina profesionales.

En el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política, el constituyente atribuyó al Congreso la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, razón por lo que se expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1º dispuso la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Cabe destacar, que en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, el legislador impuso una limitante al Gobierno Nacional en su labor reglamentaria, relacionada con los derechos adquiridos y el desmejoramiento de salarios y prestaciones. Esta última norma es del siguiente tenor:

“a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.”

Por otro lado, en lo que respecta a los soldados voluntarios, mediante la Ley 131 de 1985 se expidieron normas relacionadas con la prestación del servicio militar obligatorio. En el artículo 4º de dicha norma se dispuso lo relacionado con la remuneración percibida por los Soldados Voluntarios, así:

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

Esta norma, además de vincular a un tipo de soldados, también le estableció una remuneración, por lo que no puede desconocerse el derecho adquirido que frente a dicha prestación periódica habían logrado, más cuando la misma es reiterada con posterioridad, ya con la naturaleza salarial, mediante el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la vinculación de Soldados Profesionales. La norma señala:

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

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%)”.

De acuerdo con lo anterior, si bien en la Ley 131 de 1985 se dispuso para los Soldados Voluntarios una Bonificación, no es menos cierto que mediante el Decreto 1794 de 2000, al crearse el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas

Militares, se le confirió la denominación de salario, garantizando con ello un derecho adquirido de los Soldados Voluntarios, condicionado únicamente a que al 31 de diciembre de 2000 ostentara dicha calidad.

Así pues, en cabeza de los antes denominados Soldados Voluntarios, existía y hoy existe aún, el derecho que se configuró bajo el imperio de una ley vigente –Ley 131 de 1985-, y posteriormente, mediante Decreto reglamentario, se reiteró su naturaleza salarial – Decreto 1794 de 2000; de modo que, el hecho que los Soldados Voluntarios hayan hecho tránsito a Soldados Profesionales, sea voluntariamente o no, no los excluye ni los exceptúa del derecho de ver incrementado su salario en un porcentaje del 60% de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Los derechos adquiridos en materia laboral, deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e interpretación más ventajosa o benéfica para el servidor público que opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas, en beneficio de la parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

De modo que, una interpretación correcta de la norma, acoge la posición de que el salario mensual del Soldado Profesional, que inicialmente tuvo el carácter de Soldado Voluntario, esto es, para el 31 de diciembre de 2000, equivale al salario mínimo legal mensual vigente para cada año, incrementado en un 60%, pues así se deduce del análisis de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, artículo 1º y párrafo del artículo 2º del Decreto 1794 de 2000.

En aras de unificar jurisprudencia en el asunto en cuestión, el H. Consejo de Estado reiteró el criterio antes mencionado en sentencia del 25 de agosto de 2016, M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en donde se consideró:

"En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁶ 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 1985,⁷ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁸ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

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.

(...)

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁹ alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

⁶ Ib.

⁷ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁸ Ib.

⁹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

(...)

Reglas jurisprudenciales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

(...)

Segundo. *De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰ 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 1985,¹¹ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.¹²*

c) Reconocimiento y forma de liquidación de la asignación de retiro para soldados y/o infantes profesionales.

Con la expedición de la Ley 923 de 2004, se señalaron los objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Es así como en el artículo 2º de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

“Artículo 2º. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y

¹⁰ Ib.

¹¹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Exp. No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015), M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal". (Resalta la Sala)

Como desarrollo de la ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional 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”, cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los Soldados de las Fuerzas Militares.

En el Decreto en mención, específicamente en el artículo 3, se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados en la Ley 923 de 2004, veamos:

“Artículo 3º. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad”.

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, deben estar imbuidas por los principios reseñados *ut supra*, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad¹³, y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera específica a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables; el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16, estipuló:

“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 Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.

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

Conforme las preceptivas anotadas, se tiene que para el caso específico de los soldados profesionales, las partidas computables para liquidar la asignación de retiro son: 1) Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, esto es, el conformado por un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario; y 2) Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

Así entonces, vemos como para los miembros de las Fuerzas Militares que ostentan la calidad de soldados profesionales, se les liquida la asignación de retiro con base en un salario mensual más el 40% del mismo, obviándose con ello, lo consagrado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000¹⁴; aunado que a los mismos no se les incluye como partida computable, el subsidio familiar, *contrario sensu*, de lo que acontece con los oficiales y suboficiales pertenecientes a las mismas fuerzas del orden.

d) El subsidio familiar en las fuerzas militares.

Sobre el tema del subsidio familiar de los miembros de las Fuerzas Militares, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en diversos proveídos, de los cuales la Sala destaca los siguientes:

En sentencia calendada 22 de febrero de 2007, esbozó:

"Según definición dada por el legislador (artículo 1° de la ley 21 de 1982), y que ahora adopta esta Sala, el "Subsidio Familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en

¹⁴ "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%)".

el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad”.

Se trata entonces de una prestación o partida cuya finalidad es la de ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas - cónyuge o compañera (o) e hijos - que se encuentran a su cargo, y en consideración a los ingresos del primero.

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el legislador^{15[1]}, como una forma de subvención, de ayuda o de auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales en servicio activo, casados o viudos con hijos, en donde se les asigna, por cada uno de estos miembros familiares, un determinado porcentaje sobre su asignación básica.

Al respecto, el Decreto 1211 de junio 8 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 79, dispone:

"Art. 79. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

- a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.*
- b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.*
- c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).*

PARAGRAFO 1. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, debe hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con

^{15[1]} Obsérvense entre otros, los Decretos 3220 de 1953, 501 de 1955, 0325 de 1959, la Ley 126 de 1959 y los Decretos 23337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984 y 095 de 1989.

posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.”.

Como puede observarse, el reconocimiento y pago del subsidio familiar, en los precisos términos concebidos en las disposiciones anteriores, no se hallaba supeditado a que los miembros de las Fuerzas Militares estuviesen clasificados o escalafonados en un grado determinado, esto es, como Oficial o Suboficial, pues el legislador no hace - por lo menos hasta ese momento - distinción alguna entre su personal para tales efectos, como tampoco establece un límite en el quantum salarial - sueldo básico - para proceder a su liquidación mensual¹⁶”.

Posteriormente en fallo del 3 de diciembre de 2009, se erigió:

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

"ARTICULO 1o. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.”

"ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso”.

"Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia.

En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional, quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Al efecto, estimó:

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA sentencia del 22 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-08031-01(1282-06) Actor: LUIS CARLOS ORDUZ RODRÍGUEZ Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL

"En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue."

Es claro entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

El subsidio familiar puede otorgarse en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo, por la cual el beneficiario tiene derecho a la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la Ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan las Cajas de

Compensación Familiar dentro del orden de prioridades contemplado en la Ley¹⁷".

Pues bien, de las antecedentes citas jurisprudenciales, se logra resaltar la importancia que reviste el subsidio familiar como prestación social encaminada a mejorar las condiciones de vida de las familias de los empleados que reciben ingresos clasificados en los rangos medianos y bajos, esto con el fin de proteger a la familia, institución vital dentro del engranaje social.

e) Solución del asunto.

Vistas las anteriores consideraciones, la Sala luego de auscultar el acervo, encuentra demostrados los siguientes hechos:

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 4-78701976 (Folio 24) se acreditó que el señor CARLOS ARTURO ESCOBAR VERTEL ingresó a las Fuerzas Militares – Armada Nacional, con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio el 10 de febrero de 1989 al 15 de julio de 1990 (Soldado Regular); luego, continuó prestando sus servicios en la misma fuerza en calidad de Soldado Voluntario del 27 de agosto de 1990 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 al 30 de septiembre de 2011; luego gozó de tres meses de alta desde el 1º de julio de 2011 al 29 de septiembre de 2011, fecha en la que se retiró del servicio por tener derecho a la pensión.
- Mediante Resolución No. 4238 del 13 de septiembre, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"
- Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 3 de diciembre de 2009
Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01032-01(0468-09) Actor: GABRIEL RAMÓN DÍAZ ÓRTIZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.

actor, en cuantía del 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, en los términos del inciso 1º, artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad, efectiva desde el 20 de abril de 2014.¹⁸

- En documento expedido por CREMIL visible a folio 13 del C. 1., se indicó que al señor CARLOS ARTURO ESCOBAR VERTEL le figura liquidada la asignación de retiro así:

Sueldo	\$749.840 ¹⁹
Prima de antigüedad 38.5%	\$288.688
Subtotal	\$1.038.528
Porcentaje de liquidación	70%
Total asignación de retiro	\$726.970

Conforme lo anterior, advierte la Sala que, en efecto, la asignación de retiro del demandante fue liquidada teniendo en cuenta como asignación básica el monto de un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%.

Ahora bien, de acuerdo a lo acreditado en el plenario, se evidenció que el demandante tuvo la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, razón por la que adquirió el derecho a devengar una asignación básica equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, conforme lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en ese sentido, ésta es la asignación básica que había de tomarse para la liquidación de su asignación de retiro, tal como lo manifestó el *A – quo*.

En concordancia con lo señalado en los acápites normativos y jurisprudenciales, se reitera que, el paso de soldado voluntario a soldado profesional no puede implicar un desmejoramiento salarial, como

¹⁸ Folios 13-14 cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Equivale al SMLMV del año 2011, incrementado en 40%, tal como expresamente lo reconoce CREMIL en la contestación de la demanda.

tampoco se pueden vulnerar los derechos adquiridos, de modo que, al momento de liquidar la asignación de retiro, la entidad demandada ha debido tener en cuenta la condición salarial excepcional del demandante, puesto que corresponde a un derecho adquirido.

Entonces, para efectos de dar respuesta a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, reitera la Sala que la asignación básica a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro del señor CARLOS ARTURO ESCOBAR VERTEL equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, puesto que al tener la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, le es aplicable lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Por otro lado, si bien CREMIL manifiesta que se atiene a lo señalado en la Hoja de Servicios, es del caso señalar que dicha entidad tiene como objeto fundamental reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de las Fuerzas Militares que consoliden tal derecho²⁰, razón por lo que es la llamada a estudiar las peticiones de reconocimiento, liquidación y pago de tal prestación.

Por su parte, cabe precisar que haciendo una lectura integral al artículo 16 del Decreto 4433 de 2011, dentro de un contexto que brinda el principio de favorabilidad en materia prestacional, se infiere que CREMIL utiliza una fórmula errada en la liquidación de la asignación de retiro, en la medida que el porcentaje del 70% debe extraerse del salario base de liquidación (asignación mensual) y no de la sumatoria de éste y el 38% de la prima de antigüedad, pues la normativa taxativamente prevé que el emolumento que se afecta por este porcentaje es la asignación básico, de manera que al efectuar la liquidación como lo viene haciendo la entidad en comento se afectaría otra erogación, como es la prima de antigüedad.

²⁰ Artículo 5 del Acuerdo N° 008 de 2002.

En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, este argumento hace relación exclusivamente a la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar.

Al respecto esta Sala concuerda con el *A - quo* en cuanto dicha prestación es computable para la liquidación de la asignación de retiro. Pues bien, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el subsidio familiar es factor de liquidación de la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales, más no lo es para los Soldados Profesionales.

Sin embargo, se pone de presente que, de acuerdo con la línea jurisprudencial señalada en el acápite anterior, en cuanto a la naturaleza, finalidad y propósito de este derecho prestacional, no hay motivos constitucionalmente objetivos, suficientes y claros que justifiquen el trato diferencial entre la inclusión del subsidio familiar como factor computable para la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y la no inclusión de la misma a los Soldados Profesionales, atendiendo su espíritu y alcance, en el sentido que esta erogación busca suplir la cargas propias del sostenimiento del núcleo familiar del servidor, y más para el personal con ingresos pocos suficientes para tal fin, de manera que se alivian las cargas con la percepción de ese emolumento; en esa óptica, no existe razón suficiente que frente al personal con ingresos mayores a los de los soldados profesionales, sí se les incluyan como partida computable en su derecho pensional, y a los que se retiran del servicio con una asignación de retiro menos onerosa no le asista tal derecho de ser incluida como partida.

A eso se suma, que en la situación particular del hoy demandante, se encuentra acreditado que en su última nómina correspondiente al mes de junio de 2011, le fue pagada tal acreencia²¹.

²¹ Folio 98

Por tal razón, la Sala encuentra fundamento para inaplicar por inconstitucional el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, ya que viola en el caso particular, el principio fundamental a la igualdad.

Así las cosas, conforme lo argumentado y acreditado, la asignación de retiro de la que es beneficiario el demandante, debe efectuarse bajo la siguiente metodología:

70% del Salario mínimo mensual vigente + 60%.
38% de la prima de antigüedad.
Subsidio familiar.

Total = Asignación de retiro.

Visto el derecho que le asiste a la parte demandante, la Sala precisa que como quiera que el actor se vinculó a la Armada Nacional como Infante Voluntario en el mes de septiembre de 1990, le aplica las prerrogativas de prescripción de las mesadas derivadas de los derechos prestacionales, previstas en el Decreto Ley 1211 de 1990, luego entonces para la contabilización de los términos prescriptivos de sus derechos, como los presentes, su contabilización debe efectuarse teniendo como parámetro el término de (4) meses²².

Aunado lo anterior, no es posible aplicar el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la prescripción trienal respecto de las mesadas derivadas de la asignación de retiro, por cuanto, bajo las consideraciones del Consejo de Estado, el Gobierno Nacional se excedió del poder reglamentario, ya que la Ley 923 de 2004 – Ley Marco sobre criterios y objetivos generales para la fijación del régimen pensional y asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública -, no dispuso

²² En sentencia de unificación de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, de fecha 25 de agosto de 2016, se dijo: “*sí las cosas, el Ministerio de Defensa Nacional deberá pagarle al accionante el referido incremento a partir del 13 de abril de 2008, toda vez que, como quedó visto en el expediente, éste formuló su reclamación en sede gubernativa, el 13 de abril de 2012; **ello en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en los artículos 101 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente, tal como lo ordenó el juez de instancia.***”

los criterios para determinar la prescripción de los valores originados de aquellos derechos, luego entonces el Gobierno Nacional no podría establecerlo. De suerte, que para los miembros de las Fuerzas Militares, les asiste régimen prescriptivo previsto en el Decreto Ley 1211 de 1990.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene²³:

"En lo concerniente al fenómeno prescriptivo, objeto de la presente acción, se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aplicó la prescripción trienal con fundamento en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004; sin embargo, en anterior oportunidad esta Corporación, al resolver un caso con contornos similares al presente, precisó:

"De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería 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, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador. (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón

²³ Sentencia de 2 de febrero de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC). C. P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional".

Con base en las anteriores previsiones, la Sala considera que de conformidad con el precedente de esta Corporación la situación del accionante debió analizarse atendiendo a lo señalado en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, tal y como lo manifestó el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda.

Aunado a lo anterior, es preciso señalar que el accionante reclama el reajuste de su asignación de retiro por el periodo comprendido entre los años 1999 a 2006, época en la que la norma vigente en materia de términos de prescripción era el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual, se reitera, estableció un período de 4 años contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho. Si bien a partir del 31 de diciembre de 2004, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 modificó el término prescriptivo disminuyéndolo a 3 años, debe indicarse, que, en principio, las normas no tienen efectos retroactivos, es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia, por lo cual en el presente asunto resulta procedente dar aplicación a la prescripción cuatrienal, tal y como se afirmó en la Sentencia de 4 de febrero de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación N° 1238-2009."

Siendo así, en vista de que la parte accionante hizo la reclamación administrativa el 3 de julio de 2015, las sumas de dineros que resulten del reajuste ordenado, no están afectadas de prescripción, puesto que la efectividad del derecho pensional corre a partir del 13 de septiembre de 2011, de manera que el demandante tiene derecho al pago de las sumas provenientes del reajuste de la asignación de retiro desde la fecha de su reconocimiento, en virtud a que la reclamación fue elevada dentro de los cuatro (4) años posteriores a su exigibilidad.

De otro lado, la Sala se percata que la entidad demandada remitió al proceso de la referencia, copia de la Resolución No. 9765 de 26 de marzo de 2018, mediante la cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del señor CARLOS ARTURO ESCOBAR VERTEL²⁴, expedida con fundamento en el fallo de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, fechado 25 de agosto de 2016.

Sobre el particular, la Sala advierte, sin perjuicio de la discusión sobre la competencia que tiene CREMIL para expedir en esta oportunidad procesal aquella resolución, y sin que tal decisión tenga las características de una oferta de revocatoria directa parcial contra los actos acusados, concebida en el parágrafo del artículo 95 del CPACA²⁵, que los parámetros para el reconocimiento parcial del derecho, estipulados en la resolución mencionada, resultan menos beneficiosos para el actor que los aducidos en este fallo, como prueba de ello, véase que la prescripción de los derechos reconocidos, aplica para las mesadas causadas con anterioridad al 18 de diciembre de 2018, cuando en el caso de marras, para todos los efectos, las mesadas resultantes de la reliquidación ordenada a título a restablecimiento del derecho no están afectadas de prescripción.

Ahora bien, la Resolución No. 9765 de 26 de marzo de 2018 expedida por CREMIL, no tiene constancia de notificación al demandante interesado, y de igual manera, tampoco en el plenario obra solicitud de desistimiento parcial de la parte demandante, frente a la pretensión del reconocimiento del derecho referida en la diferencia porcentual que

²⁴ Folios 18 a 22, c. 2.

²⁵ "(...)"

PARÁGRAFO. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.
(...)"

debió recibir y lo realmente otorgado por la demandada por concepto de asignación básica, que permita a la Sala inferir que la decisión de la demandada haya sido acogida por la parte interesada.

Siendo así, corresponde a este Tribunal pronunciarse de fondo sobre las pretensiones reclamadas – pese a la expedición de la resolución señalada –, pues las decisiones proferidas por la jurisdicción contenciosa administrativa son las que reemplazan en el mundo jurídico, las decisiones administrativas que se anulan²⁶.

Finalmente, en lo que hace relación a la condena en costas decretada por el *A quo*, teniendo como argumento la ausencia de temeridad o mala fe en el trámite procesal, es menester precisar al apelante, que el legislador introdujo un cambio respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "*subjetivo*" como lo disponía el Decreto 01 de 1984 (CCA) a uno "*objetivo valorativo*" como lo dispone la Ley 1437 de 2011 (CPACA) luego entonces, al tenor de la nueva normativa, es clara la adopción de un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario la existencia de temeridad o mala fe en la conducta de las partes, circunstancia que tampoco ha de advertirse en la fijación de las agencias en derecho, dado que para esto último se tiene en cuenta los criterios señalados en el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.²⁷

²⁶ **ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.** La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

²⁷ Véase, Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 1300123330000130002201 (12912014)

Por lo anterior, la Sala no encuentra ajustado modificar la condena en costas impuesta por el Juez de primera instancia como lo sugiere la entidad apelante.

En consecuencia, sin ahondar en mayores disquisiciones, se desechan los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por CREMIL y acoge los planteamientos de la parte demandante esbozados en su recurso de apelación, por lo que se dispondrá **revocar** el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia en alzada que refiere a la prescripción de las mesadas decretadas por el Juez de primera instancia, y **confirmarla** en todas sus demás partes.

f) Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. por la no prosperidad del recurso de apelación interpuesto por CREMIL y haber prosperado el mismo recurso pero de la parte accionante, se condenará en costas de segunda a la parte demandada a favor de parte demandante. En firme la presente providencia, realícese por el A quo, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Sucre, actuando en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR únicamente el numeral cuarto (4) de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de fecha dos (2) de

febrero de 2018, expedida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus demás partes la sentencia de primera instancia, de fecha dos (2) de febrero de 2018, expedida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A-quo*, SE REALICE la liquidación correspondiente.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el proceso a su lugar de origen, previa anotación en el software de gestión.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 134.

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado