



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-006-2015-00155-01
DEMANDANTE:	LUÍS ENRIQUE DÍAZ PERALTA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia adiada 21 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **LUÍS ENRIQUE DÍAZ PERALTA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, para que se declare la nulidad de los actos administrativos Nos. 9399 de 18 de febrero de 2015, mediante el cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro y 16496 de 16 de marzo de 2015, mediante el cual, se resolvió un recurso de reposición.

A título de restablecimiento, solicita el actor se ordene a la entidad demandada a que le reajuste su asignación de retiro, tomando como

¹ Folios 32 del cuaderno de primera instancia.

base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% del mínimo, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; se tenga en cuenta la prima de antigüedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% como prima de antigüedad; y se incluya el subsidio familiar, como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó el actor, que ingresó a laborar a la Armada Nacional el 21 de marzo de 1995 en condición de Soldado Voluntario y su vinculación estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985; a partir del 14 de agosto de 2003, pasó a ser Soldado Profesional y su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente, por el Decreto 4433 de 2004.

Manifestó, que estuvo vinculado a la Armada Nacional durante más de veinte (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 - CREMIL, la cual le fue reconocida mediante Resolución N° 1240 del 5 de marzo de 2014.

Indicó, que su asignación de retiro no se encontraba debidamente liquidada, dado que no tenía en cuenta lo preceptuado en el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004, según el cual, la asignación de retiro debe ser equivalente al 70% del salario mensual adicionado de la prima de antigüedad en un 38.5%.

También manifestó el accionante, que la liquidación de la asignación de retiro fue efectuada con base en un salario mínimo mensual legal vigente,

² Folio 32 reverso y ss, del cuaderno de primera instancia.

más el 40%. No obstante, consideró el actor, que la asignación mensual debía ser liquidada con base en el s.m.m.l.v., más el 60%.

Así mismo, refiere que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tampoco incluyó como partida para establecer el monto de la asignación de retiro el subsidio familiar, pese a que tiene derecho a ello, en virtud del principio de igualdad consagrado en la Constitución Política.

Como **soportes jurídicos**³ de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículo 10 de la Ley 4 de 1992; Decreto 1793 y 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

En su **concepto de violación** manifiesta, que la entidad vulneraba lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto desde el reconocimiento de la asignación de retiro venía liquidándola, aplicándole el 70%, tanto a la asignación básica, como a la prima de antigüedad, siendo que lo correcto era aplicarle el 70% de su asignación básica y al valor resultante adicionarle el 38.5% de la asignación básica como prima de antigüedad, situación que afectaba de forma significativa el valor de la mesada a cancelar.

Indicó, que CREMIL debió tomar como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60%, al momento de liquidar su asignación de retiro; pues, resultaba ilógico e ilegal, que se le liquidara su asignación sobre un salario inferior y que nunca le correspondió devengar durante su vinculación con la entidad.

Así mismo, sostuvo que la entidad demandada vulneraba el artículo 13 de la Constitución Política, toda vez, que a los soldados profesionales no se les tenía en cuenta al momento de efectuar la liquidación de la asignación

³ Folio 35 reverso, del cuaderno de primera instancia.

de retiro el subsidio familiar, colocándolos en una situación de desigualdad frente a sus compañeros.

1.3. Contestación de la demanda⁴.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a través de apoderado judicial, ejerció su derecho de contradicción, oponiéndose a las pretensiones y hechos de la demanda, exceptuando el supuesto relacionado con el reconocimiento de la asignación de retiro.

Hizo referencia, a la legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes. También argumentó en su defensa, sobre la inexistencia de fundamento para la inclusión del subsidio familiar, como partida computable y la inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste del 40 al 60%; así como de la correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro.

Como medios de defensa, propuso las excepciones de: *no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; y no configuración a la violación del derecho a la igualdad.*

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 21 de mayo de 2018, inaplicó por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y declaró la nulidad de los actos acusados.

En consecuencia, condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL -, a reliquidar la asignación de retiro del señor LUÍS ENRIQUE DÍAZ PERALTA, debiendo adicionar el subsidio familiar como partida computable

⁴ Folios 56 - 59, cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 131 - 143, cuaderno de primera instancia.

(1 smlv + 40% + subsidio familiar)⁶ y a lo anterior aplicarle el 70%; resultado que a su vez, debía adicionarle el 38.5% del sueldo básico correspondiente a la prima de antigüedad.

Igualmente, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, para reajustar con base en el artículo 1º, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, el salario básico que devengó el demandante como Soldado Profesional.

Fundamentó el *A quo*, que CREMIL no era la entidad legitimada para reajustar el sueldo básico que el demandante devengó en servicio activo como Soldado Profesional, sino que lo era la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, por ser la entidad empleadora del actor; por tanto, era frente a este ente, ante quien debía plantearse tal reajuste del 60%, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Por otro lado, estimó el Juez de primer grado, que el demandante estuvo vinculado como soldado profesional y estaba demostrado, que devengó el subsidio familiar en su última nómina, por lo que con el fin de proteger su derecho fundamental a la igualdad, era procedente inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por inconstitucional.

Respecto a la prima de antigüedad, como partida computable de la asignación de retiro (38.5%), indicó, que la entidad desconoció al demandante el derecho a recibir el monto legal de dicha asignación, porque la fórmula que aplicó, no correspondía a lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y al principio de favorabilidad.

1.5.- El recurso⁷. La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)**, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación con el objeto de

⁶ En el porcentaje devengado en la fecha del retiro (4% del sueldo básico)

⁷ Folios 151 - 154 del cuaderno de primera instancia.

que se revoque la sentencia de primera instancia, en lo referente a (i) la adición de la prima de antigüedad y (ii) la condena en costas.

Sostuvo, que hubo una correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma (artículo 16 del Decreto 4433 de 2004), esto es, el equivalente al 70% de salario básico, incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

Señaló, que la entidad se ajustaba a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia, sus actuaciones no se enmarcaban dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende, no se encontraban viciadas de falsa motivación.

Por otro lado, solicitó se le exonerara de la condena en costas, toda vez, que la entidad no había realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 25 de septiembre de 2018, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada⁸.
- En proveído del 6 de diciembre de 2018, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión⁹, llamado al que acudió la parte demandante¹⁰, solicitando se confirmara la sentencia de primera instancia, reiterando la posición expuesta en la demanda y señalando, que los argumentos del fallo del a quo eran claros y se ajustaban a los elementos probatorios recaudados en el trámite del proceso, así como a los preceptos aplicables para el reconocimiento de los derechos reclamados y que fueron desconocidos por la entidad.

⁸ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 11 – 17, cuaderno de segunda instancia.

Igualmente, solicitó que se tuviera en cuenta al momento de fallar, los antecedentes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado, en asuntos idénticos al que aquí se debate.

Por otro lado, expresó, que la “*legitimación en la causa por pasiva*” no resultaba aplicable al caso, toda vez que el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones había manifestado que CREMIL, era la entidad encargada de atender todas las solicitudes relativas a los derechos pensionales de los miembros de las Fuerzas Militares.

Y aunado a ello, el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13 establecía las partidas computables a tener en cuenta para la asignación de retiro, el cual en su numeral 13.2.1. señalaba que para los soldados profesionales, la asignación de retiro sería un porcentaje del “salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000”; por lo que era claro, que CREMIL debió remitirse a la norma para consultar, cuál era el salario que devengaba un Soldado Profesional”.

El Ministerio Público y la parte demandada, no presentaron concepto, ni alegatos de conclusión, respectivamente.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico. De conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos descritos, el problema jurídico a desatar es:

¿Conforme a las normas que regulan la materia, 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?

¿Es procedente computar en la liquidación de la asignación de retiro, el porcentaje devengado en actividad por concepto de subsidio familiar?

De conformidad con la problemática planteada, los extremos de la *litis* y los argumentos de las partes, esta Sala tratará los siguientes temas: i) La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación; ii) El subsidio de familia y su naturaleza, como factor liquidatorio a la hora de ser reconocida la asignación de retiro de los Infantes y Soldados Profesionales.

2.3. Análisis de la Sala.

.- La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación. Caso concreto.

El Legislador, con la expedición de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta, para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, bajo un marco de eficiencia, universalidad, **igualdad**, **equidad**, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y **solidaridad**¹¹, los

¹¹ Se considera de suma importancia destacar las siguientes normas de la Ley 903 de 2004: “ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.

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

(...)

cuales determinan la expedición del Decreto 4433 de 2004, norma que cobija, actualmente, a los miembros de las Fuerza Pública, en asuntos atinentes a la primera de las normas mencionadas y que establece para efectos de la asignación de retiro lo siguiente:

“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.

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

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.”

*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. (Negrillas y subrayas fuera del texto)."*

Ahora bien, esta Sala considera que del anterior recuento normativo, la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, debe ser soportada bajo una interpretación sistemática e integral, de aquellas normas que consagra la especialidad del régimen salarial y prestacional en estudio, por lo que no es aceptable, la aplicación de cualesquiera de las normas expuestas en acápites precedentes, sin atender a su sentido histórico-funcional.

De tal forma, que al momento de liquidarse las asignaciones de retiro, se debe tener en cuenta lo consignado en el artículo 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, que establece una serie de fórmulas propias, para lograr tal cometido, como lo es el 40% del Salario Mínimo Legal y los porcentajes de prima de antigüedad (treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%)); sin embargo, conforme el artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, aquellas personas que a 31 de diciembre de 2000, obraban como soldados voluntarios, tendrán como beneficio alterno del sistema, el de efectuarse la operación aritmética, no con el 40 % del SMLMV, sino con el 60% de tal concepto¹².

Teniendo en cuenta lo expuesto en el recurso de apelación, esta Sala considera que el señor LUÍS ENRIQUE DÍAZ PERALTA, tiene derecho a que se liquide su asignación de retiro con aplicación del 70%, del valor resultante de la asignación mensual que le corresponde, adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad.

¹² Este aspecto no fue reconocido en la sentencia de primera instancia y tampoco fue objeto de reparo en esta instancia procesal, por ende, no puede ser considerado en esta decisión.

Se señala, que el 70% no se detenta de la sumatoria del salario mensual a definir y la prima de antigüedad, conjuntamente – (salario a definir + 38.5% prima de antigüedad) (70%), sino que se predica del primer concepto, resultado último al que se le debe sumar el porcentaje de la prima de antigüedad de manera separada o más bien excluyente -(70% salario a definir)+ (38.5% de la prima de antigüedad)-.

Siendo así y debido a las apreciaciones elevadas en apartes precedentes, este Tribunal, **CONFIRMARÁ** el fallo de primera instancia, en lo que corresponde y que se relaciona estrictamente con lo apelado.

-. De la condena en costas y el régimen objetivo de valoración.

Se entiende por costas:

“la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas.”¹³

Por lo tanto, las costas procesales, se traducen en una medida desventajosa para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel que resulta vencedor, en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, en torno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales, de conformidad con la ley 1437 de 2011, que derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984, se regula por el artículo 188, que estableció:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la

¹³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Del estudio de la norma, se observa la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual, desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse.”¹⁴, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código de Procedimiento Civil¹⁵, el cual, no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un **régimen objetivo**, propio de esta jurisdicción, existiendo solo una exclusión a dicho régimen, cuando el asunto sea de interés público, que en el caso concreto no lo es.

Siendo así, el **cargo formulado en relación con las costas**, se resuelve a favor de los argumentos de la primera instancia, toda vez, que como se expuso, con la expedición de la ley 1437 de 2011 se constituyó un régimen objetivo en la materia abordada, por lo que no son aceptados los argumentos aseverados por la parte apelante, máxime cuando los mismos, se centran en una **facultad** de abstención del operador judicial de decretarlos (Numeral 6 del artículo 392 del C.P.C) y la acreditación de los gastos incurridos, los cuales se entienden implícitos a lo largo del trámite desplegado en ejercicio del presente medio de control¹⁶.

3.- Condena en costas. En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condena en costas de segunda instancia a la parte recurrente, toda vez que no prospera el recurso.

¹⁴ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

¹⁵ Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.”

¹⁶ Puede consultarse Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección a. Sentencia del 7 de abril de 2016. Expediente con radicación interna 1291-2014. C. P. Dr. William Hernández Gómez.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 21 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a las partes, dado que a ninguna prosperó el recurso por ellas formulado.

TERCERO: ACEPTAR la renuncia de poder presentada por el Dr. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0091/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA