



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-006-2016-00033-01
DEMANDANTE:	DONALDO ENRIQUE PEINADO MARTÍNEZ
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 concedieron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **DONALDO ENRIQUE PEINADO MARTÍNEZ**, 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 contenidos en los Oficios No. 52854 de 31 de julio de 2015, mediante el cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro y 59623 del 25 de agosto de 2015, mediante el cual, se resolvió un recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión.

¹ Folio 27 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento solicita el actor, se ordene a la entidad demandada a que le reajuste su asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%, 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.

Así mismo, solicita el actor el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro hasta su inclusión en nómina de pago; y se disponga el pago de la indexación de todos los valores adeudados.

También pide que se disponga el pago de los intereses de mora, sobre todos los valores adeudados.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó el accionante DONALDO ENRIQUE PEINADO MARTÍNEZ, que ingresó a laborar a la Armada Nacional el 15 de mayo de 1993, 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, dice, 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

² Folios 27 reverso – 33 del cuaderno de primera instancia.

cual le fue reconocida mediante Resolución N° 4231 del 30 de julio de 2012.

Señaló, 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 debía 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, 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, refirió 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 tenía derecho a ello, en virtud del principio de igualdad consagrado en la Constitución Política.

Como **soportes jurídicos** 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** manifestó, 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 de retiro el subsidio familiar, colocándolos en una situación de desigualdad frente a sus compañeros.

1.3. Contestación de la demanda³.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), a través de apoderado judicial, ejerció su derecho de contradicción, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Frente a los hechos señaló, que aceptaba los relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho de petición radicado por el actor y su correspondiente contestación. Respecto de los demás, presentó oposición.

Su defensa se erige en acreditar, que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el sueldo se incrementaría en un 40%, sin que se le pudiera dar un alcance diferente a tal disposición normativa, como lo pretendía el demandante

También sostuvo que la actuación de la entidad al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante, fue ajustada a los parámetros legales y a las normativas vigentes, debiéndose por ello, reconocer la

³ Folios 59 - 68, cuaderno de primera instancia.

asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico, incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

De igual forma, señaló la entidad accionada, que aplicó la normatividad legal vigente al momento de los hechos, las cuales, no disponen incluir el subsidio familiar en la “pensión” de los soldados profesionales, ni mucho menos, que aquella produjo un trato desequilibrado entre éstos y los demás miembros de la Fuerzas Militares, como oficiales y suboficiales.

Como medios de defensa, propuso las excepciones de i) *legalidad de las actuaciones efectuadas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; ii) no configuración de causal de nulidad; y iii) No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL.*

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

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.

A su vez, declaró la nulidad del acto administrativo No. 52854 del 31 de julio de 2015 y ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL -, a reliquidar la asignación de retiro reconocida al señor DONALDO ENRIQUE PEINADO MARTÍNEZ, debiendo adicionar el subsidio familiar como partida computable 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, declaró⁵ la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, para reajustar la asignación Básica como soldado profesional del demandante, con base en el artículo 1º, inciso 2, del Decreto 1794 de 2000.

⁴ Folios 135 – 148 del cuaderno de primera instancia.

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 ante este ente, donde 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 párrafo 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 recurso⁶.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación con el objeto de 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.

⁵ Si bien la declaración no se hace en la parte resolutive de la sentencia, así debe entenderse, dado el trato que se le dio al tema en la parte motiva de la misma.

⁶ Folios 151 - 154 del cuaderno de primera instancia.

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, en relación a la condena en costas, citó los artículos 188 del CPACA y 392 del CPC y solicitó, que en el evento de prosperar parcialmente alguna de las excepciones propuestas, era legalmente valida exonerar a la entidad de dicha condena.

Y precisó, que el citado artículo 392 señalaba que solo habría lugar a costas, cuando en el expediente aparecieran causadas y en la medida de su comprobación.

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 demandada⁷.

- En proveído del 6 de diciembre de 2018, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión⁸, llamado al que acudió la **parte demandante**⁹, 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.

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.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 15 - 21, cuaderno de segunda instancia.

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?

De conformidad con la problemática planteada, los extremos de la *litis* y los argumentos de las partes, esta Sala tratará los siguientes temas: i) Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios incorporados como profesionales. Aplicación de Sentencia de Unificación; ii) Forma de liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad; iii) De la condena en costas y el régimen objetivo de valoración y iv) Caso concreto.

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios incorporados como profesionales. Aplicación de Sentencia de Unificación.

Toda vez que sobre el tema, el Honorable Consejo de Estado ha hecho pronunciamiento con fines de unificación, se procede a retomar lo ahí señalado, en transcripción in extenso:

“... 204. Para analizar este tema, es necesario recordar que la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por esta Corporación en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016¹⁰. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

205. Sin embargo, se encuentra pendiente de definir cuál es la asignación básica mensual que debe tenerse en cuenta para la asignación de retiro de ese personal. Lo anterior, por cuanto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prescribe que los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento de una asignación de retiro cuando cumplan 20 años de servicios, la cual será liquidada en el equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 de aquella norma, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. A su vez, el numeral citado prescribe que es partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales el «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000», norma esta última que prevé:

“ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. 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 parágrafo 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%)” (Resalta la sala)

206. Al revisar el contenido literal de la disposición, se observa que ella prevé que la asignación de retiro de los soldados profesionales debe liquidarse con base en una asignación salarial mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40%, sin hacer precisión adicional respecto de quienes para el 31 de diciembre de 2000 estaban vinculados a las Fuerzas Militares como soldados voluntarios, los que en virtud del inciso 2 artículo 1 ejusdem, tenían derecho a una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%.

207. Tal laguna normativa lleva al interrogante de cuál debe ser la asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, lo que implica definir si esta prestación debe ser calculada teniendo en cuenta el tenor literal de la norma, esto es, lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir, el salario

mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, o si por el contrario, la prestación de retiro debe calcularse con base en la remuneración que correspondía a los soldados voluntarios incorporados como profesionales, o sea, con base en el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

208. Para dirimir tal cuestión es necesario revisar, en primer término, el contenido del artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, el cual regula los aportes que los soldados profesionales en servicio activo deben realizar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. La norma en cita indica:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

209. La disposición transcrita evidencia que los aportes que efectúan los soldados profesionales a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se realizan con base en los factores que se constituyen en las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, según lo ordena el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, esto es el **salario mensual** y la prima de antigüedad, y que los porcentajes allí indicados rigen de la misma forma para todos los soldados profesionales sin importar si se vincularon a las Fuerzas Militares antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1793 de 2000.

210. Mírese que la norma se refiere al salario mensual, el cual como se indicó en precedencia, es el previsto en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, disposición que contempla dos supuestos fácticos:

(i) para los que se vinculen como soldados profesionales a partir de su entrada en vigencia, un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40% y,

(ii) para quienes al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

211. Al confrontar el contenido del precitado artículo con el del artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 se advierte que, en principio, podría generarse una contradicción, por cuanto por una parte, este último prevé que la asignación de retiro se calculará teniendo como partida computable el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40%, mientras que el artículo 18 del Decreto 4433 contempla que los aportes para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se harán con base en el salario mínimo mensual, de manera que para algunos es el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% y para otros, en un 60%.

212. Ello implica que si se interpretara gramaticalmente el artículo 13.2.1, se llegaría a la conclusión de que, independientemente de si se realizaron cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, o en un 60%, la

asignación de retiro se liquidaría sobre el salario aumentado en un 40%.

213. En esas condiciones, es claro que una interpretación gramatical del artículo 13.2.1 *ibidem* estaría desconociendo los valores sobre los cuales efectivamente se realizaron las cotizaciones de los destinatarios del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, con lo cual se ofrece un tratamiento inequitativo para aquellas personas que, habiendo realizado aportes sobre un salario mayor, reciben una mesada igual a quienes contribuyeron al sistema en el mismo porcentaje, pero sobre un ingreso inferior. Esta situación va en detrimento del principio de igualdad material frente al derecho a que la mesada pensional corresponda a lo efectivamente cotizado de aquellas que sí gozan de tal garantía.

214. De igual modo, es evidente que tal tratamiento desconoce la proporcionalidad y correspondencia que debe predicarse entre el valor de la prestación de retiro, los factores salariales y los porcentajes sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones, como antes se indicó.

215. Al respecto, es menester tener en cuenta que, si bien es cierto, no podría hablarse del desconocimiento de derechos adquiridos en materia de régimen pensional, toda vez que quienes fueron soldados voluntarios tuvieron la posibilidad de acceder a una asignación de retiro solamente a partir del Decreto 4433 de 2004, también lo es que, de acuerdo con el artículo 18 *eiusdem*, los aportes de los soldados profesionales para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se calculan sobre el salario mensual y la prima de antigüedad. En ese orden, los destinatarios del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 deberían aportar con base en una asignación equivalente al salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%, a diferencia de aquellos que se rigen por el inciso 1 de la norma a quienes les corresponde efectuar aportes sobre el salario mínimo legal aumentado en 40%.

216. La solución que se plantea para definir el asunto, es una interpretación armónica de los artículos 16 y 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 que permita determinar el salario con base en la cual debe liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en su integridad, lo cual implica que en el caso de los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales deba atenderse el inciso segundo de la norma en cuestión, pues es esta la exégesis que atiende los principios de correspondencia entre los aportes y el valor de la mesada, y garantiza en mayor medida el derecho a la asignación de retiro como componente fundamental del derecho a la seguridad

social, así como la equidad e igualdad material que se dispensa a los destinatarios de la norma, favorabilidad y pro homine¹¹, postulados superiores que resultan de mayor peso al del principio de presunción de legalidad.

217. Admitir lo contrario conlleva, además del detrimento de estos últimos, al enriquecimiento sin causa de la entidad pública que reconoce la asignación de retiro de acuerdo con un ingreso base de liquidación inferior al que efectivamente sirvió para definir el porcentaje de los aportes. Igualmente, al desconocimiento del parámetro de validez garantista¹² para los derechos de las personas, que debe tenerse en cuenta en la aplicación de las fuentes formales del derecho, orientación que propone el modelo de Estado Social de Derecho¹³ y sus fines¹⁴.

218. En este sentido se retoman las consideraciones expuestas por esta Corporación en la sentencia del 8 de junio de 2017¹⁵, al señalar:

"[...] con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogiénose a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, in dubio pro justitia socialis, e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad".

219. Tampoco puede desconocerse que uno de los elementos del régimen de la Fuerza Pública es que el incremento de las asignaciones de retiro siempre corresponde al mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros en servicio activo, de manera que es claro que lo devengado en actividad debe ser proporcional a la prestación de retiro.

220. En conclusión, la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1

¹¹ Sobre el principio *pro homine* ver sentencias de unificación de esta sección: SUJ-009-S2 de 2018; SUJ-010-S2 de 2018 y SUJ-013-S2 de 2018.

¹² Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Ed. Trotta, S.A. 2005, 2009. Madrid. P. 29

¹³ Artículo 1 de la Constitución Política.

¹⁴ Artículo 2 *ibídem*.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 110010325000201000065-00 (0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales (SEDESOL).

del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor.

221. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%"¹⁶.

2.3.2. Forma de liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad

En la misma providencia ya citada, sobre el tema propuesto se dijo:

"... 232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

$(\text{Salario} + \text{prima de antigüedad}) * 70\% = \text{Asignación de Retiro}$

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 25 de abril de 2019. C. P.: William Hernández Gómez. Referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). Demandante: Julio César Benavides Borja. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

$$(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$$

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho¹⁷.

¹⁷ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016,

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$$

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.

2.3.3. 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

radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas.”¹⁸

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 condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán 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.”¹⁹, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código de Procedimiento Civil²⁰, 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.

¹⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

¹⁹ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

²⁰ 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.”

3. Caso concreto.

1. Teniendo en cuenta lo probado en el proceso, esta Sala considera que el señor DONALDO ENRIQUE PEINADO MARTÍNEZ, tiene derecho a que se liquide su asignación de retiro bajo la égida del 60% antes mencionado, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000. Aspecto este que fue reconocido en la sentencia de primera instancia, sin que fuera objeto de reparo por las partes o el Ministerio Público.

Teniendo en claro el porcentaje del 60% del SMLMV, se considera que la **forma** como debe ser computada la asignación de retiro, desde los parámetros integrales de las normas que conforman tal prestación social, es como sigue, para lo cual, retomando lo afirmado en la sentencia de unificación debe señalarse que la fórmula correcta corresponde a:

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$$

Precisándose que conforme lo visto en precedencia, el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, como ocurre en el sub lite, será el equivalente a un salario mínimo, adicionado en un 60%, luego la fórmula a aplicar queda así:

$$((1 \text{ SMLMV} \times 60\%) \times 70\%) + ((1 \text{ SMLMV} \times 60\%) \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$$

Señalándose, 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) x (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, atendiendo la fórmula que ya se transcribió y que acoge los lineamientos jurisprudenciales ya descritos.

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.

2. En relación con el cargo formulado respecto de **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 control²¹.

3.- Condena en costas.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° 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.

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

²¹ 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.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada, dado que no le prosperó el recurso.

TERCERO: 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. 0097/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA