



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: 70-001-33-33-008-2017-00096-01
DEMANDANTE: FREDYS ENRIQUE ORTEGA SOTELO
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 17 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **FREDYS ENRIQUE ORTEGA SOTELO**, 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 del acto administrativo No. 2015-48024 del 14 de julio de 2015, mediante el cual, se negó la liquidación de la asignación de retiro tomando como base un salario mínimo, incrementado en un 60% y la reliquidación con base en el porcentaje de la prima de antigüedad.

¹ Folios 14 - 15 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; y 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.

Así mismo, solicita el actor el pago indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro, desde la fecha su reconocimiento.

Igualmente, solicita el pago de los intereses moratorios, conforme lo establecido en los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó el actor, que ingresó a laborar al Ejército Nacional en condición de Soldado Regular y su vinculación estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985. A partir del 1º de noviembre de 2003, fue promovido como Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta la fecha de su retiro.

Manifestó, que previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL -, mediante Resolución N° 1751 de febrero 20 de 2015, le reconoció asignación de retiro.

Señaló, que el día 23 de junio de 2015, radicó una petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando que en la liquidación de su

² Folios 15 - 18 del cuaderno de primera instancia.

asignación de retiro se tomara como base la establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000: no obstante, tal solicitud fue negada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante acto administrativo No. 2015-48024.

Como **soportes jurídicos de su pretensión**, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Ley 131 de 1985; Ley 4 de 1992; Decretos 1793 y 1794 de 2000, Decreto 4433 de 2004; y Ley 923 de 2004.

Argumentó al respecto, que CREMIL debió emplear la norma más favorable, tomando como base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% al momento de liquidar su asignación de retiro; y el hecho de haber tomado un porcentaje por debajo al que se le reconoció a los soldados voluntarios, contradecía lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, que contemplaba en materia laboral el principio de favorabilidad.

De igual forma, 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. La que afectaba de forma significativa, el valor de la mesada a cancelar.

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 y hechos de la demanda, exceptuando el supuesto relacionado con el reconocimiento de la asignación de retiro.

³ Folios 47 - 51 del cuaderno de primera instancia.

Como medios de defensa, propuso las excepciones de i) *legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes*; ii) *falta de legitimación en la causa por pasiva, en cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV, más el 60%*; iii) *no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*; iv) *no configuración del derecho a la igualdad*; y v) *prescripción del derecho*.

En su defensa anotó, que no era la entidad legitimada para incrementar la asignación básica tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente más el 60%; sin embargo, precisó que el Ministerio de Defensa, en cumplimiento de la posición jurisprudencial del Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016⁴, radicó el complemento de la hoja de vida del demandante, por medio de la cual realizó el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado tal como estaba dispuesto en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

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

1.4.- Sentencia apelada⁵.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 17 de mayo de 2018, declaró la nulidad del acto administrativo No. 2015-48024 del 14 de julio de 2015, mediante el cual, se negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante. En consecuencia, ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL - que reajuste la asignación de retiro reconocida al señor FREDYS ENRIQUE

⁴ Radicación No. 85001333300220130006001.

⁵ Folios 103 - 113 del cuaderno de primera instancia.

ORTEGA SOTELO, tomando como salario base de liquidación un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, conforme lo indicado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y con la aplicación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a partir de la fecha en que le fue reconocida, continuando el pago de las mesadas con el valor reajustado.

Así mismo, condenó a la entidad demandada al pago del retroactivo, producto de la diferencia que resultare a raíz del reajuste anual de la asignación de retiro.

Declaró no probadas, las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Fundamentó el *A quo*, que al demandante debía aplicársele el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, toda vez, que si bien fue incorporado como Infante Profesional el 14 de agosto de 2003, lo cierto era que ostentaba la condición de Soldado e Infante Voluntario desde el 1º de abril de 1996, esto es, fecha anterior al 31 de diciembre de 2000.

Indicó, que en el caso del demandante existía una indebida aplicación de la normatividad que lo cobijaba, ya que se liquidó su asignación con base en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, cuando lo correcto era dar aplicación al inciso 2º de dicha norma, en atención a que su salario se regía por lo establecido en la ley 131 de 1985.

Señaló, que en lo tocante a la asignación de retiro del actor, el salario base de liquidación que debía tomarse era un salario mínimo incrementado en un 60%, para después sacarle el 70% según lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y seguido de ello, adicionar el 38.5% que equivalía a la prima de antigüedad, sumándole al final, lo correspondiente por subsidio familiar.

No obstante, afirmó, que la entidad sumaba el salario (ya incrementado, pero solo en un 40%), el 38% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar y al resultado de esta sumatoria, le sacaba el 70%.

Por otro lado, consideró que no había operado el fenómeno de la prescripción extintiva, pues, el demandante presentó oportunamente, tanto la reclamación administrativa, como la demanda.

Finalmente expuso que CREMIL, carecía de competencia para expedir la Resolución No. 9023 del 26 de marzo de 2018, por medio de la cual se ordenaba el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del actor, puesto que, para la fecha ya le había sido notificado el auto admisorio de la demanda; además, no surtió el trámite previsto en la norma citada para formular la oferta de revocatoria, tanto así, que solo en la audiencia inicial – etapa de conciliación -, fue que informó de la expedición de la referida resolución.

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 recurrida parcialmente, concretamente, en lo referente a la adición de la prima de antigüedad y condena en costas.

Sostuvo, que la entidad estaba liquidando 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.

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

⁶ Folios 121 - 123 del cuaderno de primera instancia.

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 8 de octubre 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 atendiendo a los antecedentes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado, en asuntos idénticos al que aquí se debatía.

También señaló, que el A-quo en la parte resolutive de la sentencia cometió un error en el monto de la prima de antigüedad, ya que si el sueldo básico para el año 2015 era de \$1.030.960, el 38.5% sería \$396.919 y no de \$332.024.

Anotó, que el 38.5% de la prima de antigüedad se debía establecer del 100% de la asignación básica.

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

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 15 - 20, cuaderno de segunda instancia.

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 y específicamente en cuanto hace a la prima de antigüedad?

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 2° del artículo 1° 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 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

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.

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 ejusdem, 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, acogiendo 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”.

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).

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 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

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.

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 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.

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.

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, 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.

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 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 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.”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

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.”

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.

3. Caso concreto

1. Teniendo en cuenta lo probado en el proceso, esta Sala considera que el señor FREDYS ENRIQUE ORTEGA SOTELO, 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.

Ahora bien, en alegatos de segunda instancia el demandante señala que en la parte resolutive de la sentencia recurrida, se cometió un error que recae sobre el monto de la prima de antigüedad, ya que si el sueldo básico para el año 2015 era de \$1.030.960.00, el 38.5% sería \$396.919.00 y no de \$332.024.00.

Pues bien, verificada la correspondiente liquidación, se advierte, en efecto, que el valor asignado a la prima de antigüedad no corresponde al resultado de la fórmula aplicada, el cual corresponde a la suma de \$396.919.60 (valor que se extrae del sueldo básico establecido para el año 2015 (\$644.350.00) e incrementado en un 60% (\$1.030.960) y adicionado en un 38.5%), atendiendo a lo dispuesto en las normas estudiadas (Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, artículos 13.2.1 y artículo 16 del Decreto 4433 de 2004).

En tal sentido, en tratándose de un error aritmético susceptible de corrección en cualquier tiempo (art. 286 del C. G. del P. y aplicación el principio de economía procesal), esta Sala modificará el numeral 2º de la sentencia objeto de alzada y ordenará el reajuste solicitado atendiendo a la fórmula antes señalada para efectos de establecer el valor de la prima de antigüedad, el cual en este caso, se calcula en la suma de \$396.919.60, con el consecuente impacto sobre los demás cálculos.

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: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia de 17 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el sentido de establecer como valor de la prima de antigüedad la suma de trescientos noventa y seis mil novecientos diecinueve pesos (\$396.919.00), valor que se tendrá en cuenta para efectuar la liquidación definitiva aplicando la fórmula antes mencionada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada.

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

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.

CUARTO: ACEPTAR la renuncia de poder presentada por el Dr. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS²².

QUINTO: 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

²² Folio 11, cuaderno de segunda instancia.