

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-001-2018-00195-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JOSÉ ALBERTO ROZO MOSQUERA</b>
<b>Demandado</b>	<b>CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES</b>
<b>Tema</b>	<i>Reajuste de asignación de retiro de soldado voluntario-Reliquidación de la prima de antigüedad conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004- Se confirma la sentencia apelada-De las facultades extra y ultra petita en el marco de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante<sup>2</sup>, contra la sentencia del 29 de noviembre de 2019<sup>3</sup> proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

### 2.1. Cuestión previa:

En la actualidad, el Despacho tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente caso, el objeto de debate se refiere a la reliquidación de la asignación de retiro de un soldado voluntario, tema respecto del cual el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia, definiendo las reglas para su

<sup>1</sup> Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Fols. 98-101 cdno 1

<sup>3</sup> Fols. 85-88 cdno 1

**13-001-33-33-001-2018-00195-01**

estudio, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

### **III.- ANTECEDENTES**

#### **3.1. La demanda<sup>4</sup>.**

##### **3.1.1 Pretensiones<sup>5</sup>**

En ejercicio de la presente acción, el demandante en resumen elevó las siguientes pretensiones:

*"2.1. De conformidad a lo establecido en el artículo 88° del Código General del Proceso se presentan las siguientes:*

*1) Declarar la nulidad del Acto Administrativo N°2018-23141 de fecha 01 de marzo de 2018 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES que negó las siguientes peticiones:*

*a. La reliquidación de la asignación de retiro de mi poderdante; dándole correcta aplicación al artículo 16° del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.*

*b. La inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha.*

*2) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:*

*a. A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5 de la prima de antigüedad.*

*b. A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro. ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 5° DEL DECRETO 1794 DE 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1.8 del decreto 4433 de 2004. (...)"*

##### **3.1.1. Hechos<sup>6</sup>.**

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

---

<sup>4</sup> Folio. 2-20 cdno 1

<sup>5</sup> Folio. 2-3 cdno 1

<sup>6</sup> Fols. 4-5 Cdno 1

**13-001-33-33-001-2018-00195-01**

Señaló el demandante que, ingresó al Ejército Nacional prestando el servicio militar obligatorio, una vez terminado fue incorporado como soldado voluntario.

A partir del 01 de noviembre de 2003, por disposición administrativa fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de las Fuerzas.

En cumplimiento a los requisitos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 4504 del 05 de junio de 2017.

Alegó que, elevó petición el 08 de febrero de 2018 con radicado No. 20180014031, en el que solicitó la liquidación de la prima de antigüedad, y tener como partida computable la prima de navidad. Lo anterior, fue denegado por la entidad mediante oficio No. 2018-23141 del 01 de marzo de 2018.

### **3.1.3 Normas violadas y concepto de violación:**

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política, art. 1, 2,4,13, 25, 46, 48, 53 y 58.
- Ley 131 de 1985
- Ley 4 de 1992
- Ley 923 de 2004.
- Decreto 1794 de 2000.
- Decreto 4433 de 2004.

Expone, que se viola lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma, pues la administración al aplicar la fórmula establecida en la mencionada norma incurrió en un grave error en el cálculo efectuado, al aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar tomó el 38.5% y sobre este rubro se sacó el 70%.

Adujo que, la prima de navidad debe ser incluida al igual que a los oficiales y suboficiales en virtud al derecho a la igualdad.

## **3.2. CONTESTACIÓN**

### **3.2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES<sup>7</sup>.**

Se opone a la totalidad de los hechos y las pretensiones.

---

<sup>7</sup> Fols. 43-48 Cdno 1.

13-001-33-33-001-2018-00195-01

### **Razones de la Defensa**

Manifiesta, que la entidad es la encargada de reconocer y pagar tanto las asignaciones de retiro, así como las pensiones de beneficiarios que acreditan tal derecho, por lo cual existen distintas disposiciones reglamentarias de esas situaciones, entre las cuales se encuentra el Decreto 4433 del 2004, que es norma de carácter especial que prima sobre la general.

- **En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro- Prima de antigüedad**

Alega que la liquidación de la partida en mención se hizo conforme lo establece la norma, aplicando la siguiente formula:

Salario básico= SMLMV (100%) + (incremento en un 40%) = 140%

Prima de antigüedad =38.5%

Asignación de retiro:

70%= (sueldo básico + 38.50% de prima de antigüedad)

La entidad liquidó la asignación de retiro tomando el salario básico, más un 40% y a dicho valor le obtuvo el 70% al cual adicionó el 38.5% por concepto de prima de antigüedad. Que el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 expresamente prohíbe incluir o adicionar otras partidas, primas, subsidios o contribuciones para efectos de liquidación de asignación de retiro de los soldados profesionales.

- **Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad**

Indicó que, la 1/12 de la prima de navidad es un derecho que los soldados e infantes profesionales nunca percibieron en actividad, por lo que mal puede pretenderse que en retiro se incluya la misma. Por lo tanto, es la propia Ley la que de manera clara y taxativa establece los factores que deben tenerse en cuenta al momento de la liquidación de la asignación de retiro, de lo cual se infiere que excluya lo que perciban otros miembros de la Fuerza atendiendo su especialidad.

Indicó que, las actuaciones de CREMIL se ajustan a las normas vigentes, por lo que sus actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna causal de nulidad y por ende no se encuentran viciadas por falsa motivación.

13-001-33-33-001-2018-00195-01

**Excepciones:**

Como excepción propuso la siguiente: (i) prescripción.

**3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>8</sup>**

Por medio de providencia del 29 de noviembre de 2019, la Juez Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

*“PRIMERO: Declarar la nulidad del Oficio No. 2018-23141 del 1 de marzo de 2018, en cuanto a la decisión de negar la reliquidación de la prima de antigüedad como partida computable de la asignación de retiro de la parte actora.*

*SEGUNDO. Como consecuencia de la declaración anterior, ORDENASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reliquidar la prima de antigüedad como partida computable de la asignación de retiro del señor JOSÉ ALBEIRO ROZO MOSQUERA, en la forma indicada en la parte considerativa de esta providencia, aplicando la siguiente fórmula:*

*PRIMA DE ANTIGÜEDAD= (100% de la asignación salarial básica) x 38.5*

*TERCERO.- CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a pagar al señor JOSÉ ALBEIRO ROZO MOSQUERA, las diferencias resultantes con ocasión de la reliquidación ordenada en el numeral anterior.*

*(...)*

*CUARTO.- Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.*

*QUINTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*SEXTO.- No condenar en costa a la entidad demandada.*

*(...).”*

Respecto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, estableció que, no tiene derecho a que se le modifique la base de liquidación de su asignación de retiro para efectos de su inclusión, en la medida en que esta partida no se encuentra enlistada en el artículo 13.2 del Decreto 4433 del 2004, como tampoco sirvió de base para liquidación de los aportes conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del mismo.

En cuanto, a la indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adujo que, en la referida norma efectuó el análisis del presente caso encontrando que la forma como la demandada liquidó la prima de

---

<sup>8</sup> Fols. 81-88 Cdno 1.

**13-001-33-33-001-2018-00195-01**

antigüedad conlleva la afectación de esta partida en un doble porcentaje. En efecto, conforme a la certificación que obra a folio 28 del expediente, se tiene que la demandada para efectos de liquidar la prima de antigüedad tomó el 70% del sueldo básico y al resultado así obtenido le aplicó el 38.5%.

Así, partiendo de un sueldo básico de \$1.093.739 le aplicó el 70% y sobre el resultado obtenido -esto es la suma de \$765.617- liquidó la prima de antigüedad en un porcentaje del 38.5%, resultado por este concepto la suma de \$294.763 por concepto de la prima de antigüedad. De lo anterior advirtió que la forma como la entidad demandada efectuó el cálculo de la asignación de retiro del accionante, se aparta de la interpretación que del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 hizo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada. En efecto, en el ejemplo utilizado aplicando la regla fijada por el Consejo de Estado, la demandada debió reconocer al actor por concepto de prima de antigüedad el 38.5% liquidado sobre el 100% del sueldo básico de lo cual, resultando por este concepto la suma de \$421.089.

Frente a la prescripción, estableció que no había operado toda vez que la exigibilidad del derecho se hizo dentro de los 3 años que dispone la ley. En efecto, el derecho a percibir la asignación de retiro se hizo exigible a partir del 5 de agosto de 2017 y la reclamación encaminada a obtener la reliquidación se presentó el 8 de febrero de 2018.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>9</sup>.**

La parte demandante, adujo que el A-quo concedió parcialmente las pretensiones de la demanda al ordenar que en la liquidación de la asignación de retiro se debe tomar el 70% del salario básico y al valor resultante se le debe adicionar el 38,5% de prima de antigüedad, indicando que esta última se debe establecer de la prima de antigüedad que estaba percibiendo mi poderdante en actividad , esto es del 58,5%, contraviniendo la jurisprudencia fijada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del pasado 25 de abril de 2019.

Por lo anterior, solicitó se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a reliquidar la asignación de retiro tomando como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%, tomando el 70% de la asignación básica adicionándole un 38,5% de la asignación básica como prima de antigüedad, porcentaje este último establecido del 100% de la asignación básica tal como lo viene realizando la Caja en la actualidad y procedimiento avalado por el Consejo de Estado.

---

<sup>9</sup> Fols. 98-101 Cdno 1.

13-001-33-33-001-2018-00195-01

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 29 de octubre de 2020<sup>10</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de noviembre de 2020<sup>11</sup>; y se corrió traslado para alegar de conclusión.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1. Parte demandante:** No presentó escrito de alegatos.

**3.6.2. Parte demandada:** No presentó escrito de alegatos.

**3.6.3 Ministerio Público:** No presentó concepto.

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

### **5.2. Problema jurídico**

Atendiendo que, en la sentencia fueron concedidas las pretensiones de la demanda, la parte apelante solicita se modifique el fallo, en lo concerniente a la incorrecta aplicación de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

De conformidad con los fundamentos de la apelación, considera la Sala que se debe determinar si:

*¿Hay lugar a modificar la primera instancia por no ordenar el reajuste la asignación básica incrementándola en el 60%, de conformidad con lo*

<sup>10</sup> Fol. 3 Cdno 2

<sup>11</sup> Fol. 5 Cdno 2

**13-001-33-33-001-2018-00195-01**

*establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, limitándose solo a decidir sobre la reliquidación de su asignación de retiro aplicando los porcentajes consagrados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, correspondientes al 70% de la asignación, más el 38.5% de la prima de antigüedad?*

### **5.3. Tesis de la Sala**

La Sala confirmará la sentencia apelada, al no haber sido pretendido por el demandante, ni en sede administrativa y mucho menos judicial, el reajuste de la asignación de retiro, en el sentido de incrementar la asignación básica en un 60%, conforme lo dispone el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, no es dable a esta jurisdicción proferir decisiones respecto de asuntos no discutidos en vía administrativa y que tampoco fueron planteados en la demanda al punto de haberse incluido en el litigio con opción de pronunciamiento por parte de la demandada.

### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

La Sala aplicará la sentencia de Unificación jurisprudencial **CE-SUJ2-015-19, proferida por el Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019**<sup>12</sup>, Sección Segunda, Subsección A, en la que se fijaron reglas jurisprudenciales sobre los siguientes temas: i.- El reajuste del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro; ii.- Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; iii.- La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; iv.- Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, v.- Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, vi) Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Las reglas son las siguientes:

1. Las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son

---

<sup>12</sup> Radicado interno: 1701-16.

13-001-33-33-001-2018-00195-01

Únicamente las siguientes:

i.- Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

ii.- Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

2. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

Para analizar este tema, es necesario recordar que la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016**<sup>13</sup>. 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.º del artículo 1.º 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%.

**La Regla es la siguiente:**

i.- 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

<sup>13</sup> 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.

**13-001-33-33-001-2018-00195-01**

vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador;

- ii.- 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%.
3. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.
  4. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada 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; de la siguiente manera:  $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$ .
  5. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.
  6. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.

En esta sentencia se recalcó sobre el subsidio familiar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>14</sup>, se modificó para incluir el subsidio familiar a liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigor de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

<sup>14</sup> Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

13-001-33-33-001-2018-00195-01

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,
- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>15</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>16</sup>.

## 5.5. CASO CONCRETO

### 5.5.1. Hechos relevantes probados:

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- Por medio de petición del 08 de febrero de 2017, el señor JOSÉ ALBEIRO ROZO MOSQUERA, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad. (fols. 21-22)
- Con acto administrativo contenido en el oficio No. 0023141 del 01 de marzo de 2018, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (Fols. 23-24).
- Certificado expedido por CREMIL, en el que figura las partidas y porcentajes en que fue liquidada la asignación de retiro del señor ROZO MOSQUERA, para el año de 2018 (fol. 28).

### 5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

En el asunto sometido a estudio se demanda el Oficio. No. 0023141 del 01 de marzo de 2018, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.

Frente al problema jurídico, sea lo primero indicar que no le asiste razón al demandante, debido a que, las normas que fundamentan el incremento de la

<sup>15</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>16</sup> Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

**13-001-33-33-001-2018-00195-01**

asignación de retiro en el 60% y la reliquidación de la misma prestación en los porcentajes correspondientes al 70% de la asignación, más el 38.5% de la prima de antigüedad, son distintas, fundada la primera de ellas en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y a segunda de ellas, en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, independientemente de que la sentencia de unificación haya establecido reglas al respecto, no indicó dicha providencia que dichos reajustes del 60% deben ser reconocidos de manera oficiosa por la administración judicial.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, en las pretensiones de la demanda no fue solicitada el reajuste del incremento de la asignación de retiro en el 60%, solo se limitó el demandante a solicitar lo que de manera textual se pasa a citar:

***“a. La reliquidación de la asignación de retiro de mi poderdante; dándole correcta aplicación al artículo 16° del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.***

*b. La inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha”<sup>17</sup>.*

Adicionalmente, en la petición elevada el 08 de febrero de 2017, el señor JOSÉ ALBEIRO ROZO MOSQUERA, solicitó a CREMIL lo siguiente<sup>18</sup>:

*“Se ordene a quien corresponda liquidar mi asignación de retiro, teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004: Que establece que al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, se le debe adicionar un treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.*

*La inclusión como partida computable en la liquidación de mi asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad de conformidad a lo establecido en e artículo 13.1.8 del decreto 4433 de 2004”.*

Por otro lado, en el oficio No. 0023141 del 01 de marzo de 2018<sup>19</sup>, la entidad demandada solo hace referencia a lo antes solicitado, citando de manera textual el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y refiriéndose a la negativa de inclusión de la prima de navidad.

Así las cosas, al no haber sido pretendido por el demandante, ni en sede administrativa y mucho menos judicial, el reajuste de la asignación de retiro, en el sentido de incrementar la asignación básica en un 60%, conforme lo dispone el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, no es dable a esta jurisdicción proferir

<sup>17</sup> fols. 2-3

<sup>18</sup> fols. 21-22

<sup>19</sup> Fols. 23-24

**13-001-33-33-001-2018-00195-01**

decisiones respecto de asuntos no discutidos en vía administrativa y que tampoco fueron planteados en la demanda al punto de haberse incluido en el litigio con opción de pronunciamiento por parte de la demandada.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, reiteró las facultades extra y ultra petita en el marco de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>20</sup>, indicando lo siguiente:

*“Sobre el particular debe tenerse en cuenta que una de las bases adjetivas que circunscriben las actuaciones judiciales ante la presente jurisdicción, es que el proceso se desarrolla de manera general bajo la **égida de la justicia rogada** y excepcionalmente de oficio cuando la misma ley lo permite o en situaciones puntuales de abierta vulneración de garantías constitucionales que ameritan una protección inmediata en razón de su prevalencia.*

*Lo expuesto cobra sentido en tanto los medios de control previstos para verificar la juridicidad de las diversas manifestaciones de la administración, deben promoverse y desenvolverse bajo los criterios y presupuestos fácticos y jurídicos que determine la parte afectada, sin que sea del caso fijar circunstancias más gravosas para el Estado, en tanto se presume ante todo la buena fe y diligencia de sus decisiones en virtud del principio de legalidad.*

*Lo anterior se traduce en que quien alega la vulneración de sus derechos por parte de los agentes estatales y pretende el consecuente restablecimiento de éstos, en efecto debe instar lo propio con total precisión, claridad y completitud.*

*Estos planteamientos tienen un respaldo constitucional en virtud del principio del debido proceso y el derivado derecho de defensa y contradicción, habida cuenta de que no es dable sorprender a la parte demandada con decisiones que afecten sus intereses cuando aquello no fue objeto de debate en la definición propia del litigio. Lo antedicho se acompasa entonces con el principio procesal de la congruencia contenido en el artículo 281 del CGP, que se predica como fundamento para que exista coherencia entre lo pretendido con la demanda, lo discutido y probado en la causa judicial y lo que debe resolver la autoridad judicial conforme a los límites que tales extremos determinen.”.*

En ese orden de ideas, no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia, por cuanto el demandante tenía la carga de solicitar tanto en vía administrativa como judicial el reajuste la asignación básica incrementándola en el 60%, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

## **5.6. De la condena en costas**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ , Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)., Radicación número: 17001-23-33-000-2018-00218-01(6254-19)

**13-001-33-33-001-2018-00195-01**

público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, resulta procedente condenar en costas a la parte demandante en esta instancia, como quiera que el recurso por él presentado, fue decidido en forma adversa a sus intereses, las cuáles serán liquidadas por el juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **VI.- FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

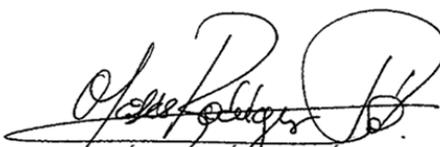
**SEGUNDO: CONDENAR** en costas al demandante en esta instancia, las cuáles serán liquidadas por el juez de primera instancia.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.046 de la fecha.*

#### **LOS MAGISTRADOS**



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ