



146/20

Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

Cartagena de Indias, D. T. y C., seis (6) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-007-2015-00119-01
Demandante	JORGE ALÍ BLANCO ARRIETA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
Tema	Reajuste de asignación de retiro de infante de marina profesional con inclusión de subsidio familiar y con el cálculo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha once (11) de mayo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones.

La demanda se dirige concretamente a que: i) se declare la nulidad del oficio No. 0034491 de fecha 27 de mayo de 2014, por medio del cual la entidad demandada da respuesta desfavorable a la petición radicada bajo el No. 46922 del 6 de mayo de 2014. ii) se inaplique por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio constitucional de igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a: i) la reliquidación de la asignación de retiro del actor con la debida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 ibídem y el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, ii) a la reliquidación de la asignación de retiro del actor, incluyéndose en la misma todos los factores salariales devengados por éste al momento de su retiro, tales como: subsidio familiar, prima de navidad, prima de vacaciones anual, y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensaciones devengados al momento del retiro, iii) el pago de las diferencias causadas desde la fecha en que se efectuó el reconocimiento, hasta cuando se efectúe la inclusión en nómina de la asignación re liquidada, debidamente indexado y con los respectivos intereses moratorios liquidados a la tasa más alta permitida por la ley, así como su incidencia en el monto de la pensión y los incrementos anuales correspondientes, de conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.; iv) el cumplimiento de la Sentencia,





Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

conforme lo dispone el artículo 192 del C.P.A.C.A; v) el pago de costas conforme lo establecido en el artículo 188 ibídem

1.2 Hechos

Se resume así:

1.2.1 El actor ingreso a las Fuerzas Armadas en calidad de soldado regular en el año de 1990 y en el siguiente pasó a ser soldado voluntario, y en el año 2003 Infante de Marina Profesional, obteniendo asignación de retiro reconocida mediante Resolución No. 5922 del 16 de diciembre de 2011.

1.2.2 En la liquidación de su asignación de retiro se aplicó indebidamente 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, toda vez que se incurrió en grave error en el cálculo efectuado, al aplicarse un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues se toma el 38.5% y sobre este rubro se sacó el 70%.

1.2.3 Al momento de liquidar la asignación de retiro, se debieron tener en cuenta todos los factores salariales que el demandante devengó en el año inmediatamente anterior al momento de retirarse, tales como el Subsidio familiar, la doceava parte de la prima de navidad, prima anual de servicios y prima de vacaciones, los cuales se consolidan como un derecho adquirido que forma parte de su salario.

1.2.4 Adicionalmente, para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, se le debió tener en cuenta el salario establecido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 del 2000, es decir, el salario básico incrementado en un 60% y no en un 40% como por interpretación y aplicación errónea de la norma.

1.2.5 El 6 de mayo de 2014, presentó petición solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la reliquidación de su asignación de retiro, para que se incluyera en el salario base de liquidación el subsidio familiar, la prima de navidad y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensaciones devengados al momento del retiro, ya que se le había aplicado indebidamente la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. Ídem.

1.2.6 Mediante Oficio No. 0034491 del 27 de mayo de 2014, la demandada respondió desfavorablemente la anterior petición.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia; Ley 6 de 1945, los artículos 4 y 10 de la Ley 4 de 1966, el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo; Ley 923 de 2004; Ley 21 de 1982; Decreto 4433 de 2004; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000; Ley 62



Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

de 1985; Ley 812 de 2003; Concepto 34332 emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil; Sentencia C-432 del 2004.

En síntesis, como concepto de la violación se aduce que se vulneran las normas citadas al no haberse tenido en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro, prestaciones que devengó tales como el subsidio familiar y los demás factores salariales devengados al momento de su desvinculación, como se les efectúa a los demás funcionarios de la Fuerza Pública, vulnerando con ello además el derecho a la igualdad y, por ende, considera que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004.

Señala además que lo anterior, evidencia un trato discriminatorio como quiera que sin mediar una justificación objetiva y razonable, excluye a los soldados profesionales de la inclusión del subsidio familiar de la base de liquidación en la asignación de retiro.

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 grave error en el cálculo efectuado, al aplicarse un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% y sobre este rubro se sacó el 70%.

Finalmente señala que, el H. Consejo de estado emitió sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-9), en la que ordena incluir los factores devengados por el servidor público, durante el último año de servicio.

2. LA CONTESTACIÓN¹.

La entidad demandada contestó la demanda, aceptando como ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, y la petición y respuesta de reliquidación, pero se opuso a las pretensiones, indicando que al señor JORGE ALÍ BLANCO ARRIETA se le reconoció su asignación de retiro, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de los hechos, esto es el Decreto 4433 de 2004, y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Como excepciones propuso: Legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL- correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste solicitado. Frente a esta última excepción, plantea que en la hoja de servicios militares del actor se encuentran las partidas computables prestacionales unitarias, donde se encuentra el sueldo básico y la prima de antigüedad, sueldo básico que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004,

¹ Fls. 40-43





Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

se incrementará en un 40%, de allí que no pueda darse aplicación a norma distinta a la citada.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

En sentencia de fecha 11 de mayo de 2016, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, disponiendo inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por vulnerar el derecho a la igualdad y en consecuencia ordenó la nulidad del acto acusado y la reliquidación de la asignación de retiro del actor con la inclusión del subsidio familiar como partida computable y la aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Como fundamento de la decisión, afirma la A-quo que la demandada efectuó una interpretación errónea del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto al cálculo de la asignación de retiro del demandante, pues la base para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se conforma con el 70% del sueldo básico al cual se le adiciona el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad, observándose que el caso del actor, se incurrió en un erro al afectar doblemente la prima de antigüedad, por lo que debe reconocerse dicho reajuste.

Por otra parte, denegó las pretensiones relacionadas con el ajuste del sueldo básico en el 60%, manifestando que CREMIL no está legitimada para calcular la base para la asignación salarial y prestacional de los servidores públicos activos pertenecientes a las fuerzas militares, pues la entidad encargada de realizar el pago dichos emolumentos durante el servicio activo es el Ministerio de Defensa Nacional, mas no CREMIL, quien se limitará únicamente a calcular la asignación de retiro con base en la asignación salarial efectivamente pagada al beneficiario, conforme lo estipulado en su hoja de servicios.

Respecto del subsidio familiar existe en materia pensional un trato discriminatorio entre el personal uniformado de las Fuerzas Militares, esto es entre oficiales y suboficiales y los soldados profesionales, pues no existe justificación razonable para que estos últimos solo se le reconozca a mientras este en servicio activo pero se excluya para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, mientras que a los demás miembros de esa entidad se les computa cuando están activos y retirados del servicio. Agrega que la referida referencia no consulta los objetivos específicos del subsidio de familia, el cual es dar protección como partida computable a la asignación de retiro manifestó que hay lugar al reconocimiento de la misma en el presente caso, por cuanto se acreditó que dicho factor no fue tenido en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro del actor.

Así mismo, consideró que no hay lugar a declarar prescripción de las diferencias de las mesadas, porque no transcurrieron tres (3) años entre la

² Fls. 101-114.



Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

exigibilidad del derecho (30 de diciembre de 2011) y la reclamación administrativa (6 de mayo de 2014).

4. RECURSO DE APELACIÓN³.

La apoderada de la entidad demanda presentó recurso de apelación solicitando que se revoquen los numerales primero, segundo, tercero y quinto de la sentencia de primera instancia.

Para sustentar su pedido, resaltó que su objeto se basa en el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales, para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos, y a partir de la expedición de una hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado para fines prestacionales.

En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro, dispuso que conforme al artículo 16 del decreto 4433 de 2004, se tiene que debe reconocerse al actor la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico, incrementado en un 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo hizo la entidad.

En cuanto a las agencias en derecho y costas procesales expresó que CREMIL no ha realizado actos diferentes a la defensa judicial, razón por la cual en atención a la normatividad que regula la materia solicitó que se revoque la condena en costas y agencias en derecho impuestas por el Juzgador de primera instancia.

5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 6 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada, y se ordenó correr traslado para alegar conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto (Fl. 133).

6. ALEGACIONES

6.1 PARTE DEMANDANTE⁴.

Reitero lo argumentos expuestos en su demanda, solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia, citando para ello la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016.

6.2 PARTE DEMANDADA⁵.

Solicitó revocar el fallo proferido por el A quo, reiterado los argumentos expuestos en su escrito de apelación, e indicando adicionalmente que en cuento a la inclusión del subsidio familiar como partida computable que, la

³ Folios 119-122.

⁴ Folios 141-144

⁵ Folios 136-140.





Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

misma no está contemplada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ni tampoco fue percibida por el actor según su hoja de servicios, por lo que considera que la inclusión de tal subsidio, contraría flagrantemente la normatividad vigente.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente proceso.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad de las mismas ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídicos

Conforme a los argumentos dados por la parte demandada en su escrito de apelación, el problema jurídico de alzada se centra en determinar si:

¿Le asiste derecho al actor a que se reliquide su asignación de retiro aplicando debidamente los porcentajes consagrados en los artículos 16 del Decreto 4433 de 2004?

De igual manera, si

¿Hay lugar a la reliquidación de la asignación de retiro del demandante con la inclusión del subsidio familiar, como lo ordenó el A quo, o por el contrario, no debe accederse a dicha pretensión, como lo alega la demandada, porque, este concepto no está señalado como partida computable en el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004?

Igualmente, habrá de determinarse si

¿Resulta procedente la condena en costas que le fue impuesta por el A quo a la entidad demandada?

3. Tesis



Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

La Sala de Decisión confirmará la decisión del A quo a excepción del numeral "QUINTO" de condena en costas. Lo anterior, pues ciertamente al actor se debe ordenar la reliquidación de su asignación de retiro, aplicando debidamente los porcentajes consagrados en los artículos 16 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto al momento de su liquidación, la demandada desconoció dicho precepto, al computar el porcentaje de liquidación del 70% sobre la sumatoria del sueldo básico y el 38.50% de la prima de antigüedad, siendo que este debe ser aplicado únicamente al sueldo básico, y lo que de ello resulte debe adicionarse con el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto deba hacerse un descuento adicional.

Así mismo, resulta procedente la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, con la inclusión del subsidio familiar en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad fijada por el precedente del Consejo de Estado, sin que haya lugar a la inclusión de los demás factores alegados por el demandante, por no estar señalados en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, y sin que puedan ser incluidos con base en la excepción de inconstitucionalidad referida, por no haber sido acreditados que los devengó y no tener una finalidad similar al subsidio familiar. No significando la exclusión de dichos conceptos una transgresión al derecho de igualdad constitucional de los soldados profesionales respecto de los oficiales y suboficiales, porque, tal como lo señaló el A Quo el legislador tiene la libertad de disponer dicho trato desigual en virtud del diferente nivel de responsabilidad que corresponde entre esos servidores en ejercicio de sus funciones.

Frente a la condena en costas, la Sala de Decisión acoge el criterio más reciente del H. Consejo de Estado según el cual, para la imposición de la condena en costas el Juez debe analizar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación, y no el simple hecho de que las resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses; teniéndose que el presente caso no se configuraron por parte de la demandada tales conductas en ninguna de las instancias, no siendo procedente la condena en costas impuesta por el A quo.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

4.1 Salario y asignación de Retiro del Infante De Marina y Soldado Profesional

De conformidad con Decreto 1794 de 2000, los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, reciben como salario o contraprestación por sus servicios prestados, un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un cuarenta por ciento (40%). Por su parte, aquellos que al 31 de diciembre de 2000, se encontraban como soldados voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).





Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

Por su parte, la asignación de retiro es la prestación económica mensual que reciben los infantes de marina y soldados profesionales después de su retiro, cuando cumple determinados requisitos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la H. Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 determinó que la asignación de retiro es de naturaleza prestacional y se asimila, pero no es idéntica, a la pensión de vejez que reciben los no militares, su objetivo primordialmente es beneficiar a los integrantes de la Fuerza Pública, con un tratamiento diferencial que mejore sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

En el desarrollo de la Ley 923 de 2004, se señalaron normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, por lo que se expide el Decreto 4433 de 2004, fijando el régimen pensional de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, personal ejecutivo, agente de la Policía Nacional y los Soldados de las Fuerzas Militares⁶, haciendo referencia a que el subsidio familiar no tuvo modificación.

Para el caso hoy debatido, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, reguló la asignación de retiro, con relación a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los siguientes términos:

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

Ahora bien, entre los elementos mínimos a tener en cuenta para el régimen de asignación de retiro es que el "aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación". Así pues, las partidas computables dentro de esta asignación de retiro se encuentran señaladas en el artículo 13 numeral 13.2 del decreto arriba descrito:

"13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto".

⁶ Artículo 1° del Decreto 4433 de 2004.



Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

Igualmente, en el artículo 18 del mismo Decreto se señalan los aportes que deben realizar los soldados profesionales a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, los cuales son unos porcentajes sobre el salario mensual y la prima de antigüedad.

4.2 El Subsidio Familiar como partida computable para la asignación de retiro

El subsidio familiar es un factor salarial establecido para los soldados de las Fuerzas Militares en el Decreto 1211 de 1990, equivalente al 4 por ciento del salario básico y de la prima antigüedad. Igualmente, mediante el Decreto 1794 de 2000, se reconoció a los soldados profesionales de las Fuerzas Armadas, el derecho a devengar una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40% o 60% según su fecha de vinculación, prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio familiar, entre otros, señalando en su artículo 11 que los soldados profesionales de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Ha sido reconocido por la Corte Constitucional, como una prestación social derivada del derecho fundamental a la seguridad social que, en Colombia, ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios más bajos y los más altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

En cuanto a su inclusión como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de octubre de 2013⁷ fijó el precedente judicial que hoy es aplicado y reiterado en la jurisprudencia de esa Corporación, según el cual no resulta ajustados al artículo 13 constitucional, que mientras dicho concepto sea incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales, no ocurra lo mismo con los Soldados Profesionales:

"Con base en lo expuesto, la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el "subsidio familiar" es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales "(...) en el porcentaje que se

⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 17 de octubre de 2013. Exp. 11001-03-15-000-2013-01821-00 C.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez. Precedente reiterado en la siguiente providencia: CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN PRIMERA-Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014).-CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.-Ref.: Expediente núm. 2014-02292-01.-ACCIÓN DE TUTELA.Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.





Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

encuentre reconocido a la fecha de retiro.", es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; **también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad**, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.

En consecuencia, se tutelaré el derecho fundamental a la igualdad y en consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 18 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Narces López Bermúdez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Expediente No. 2011-00245-01.

En su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima que dentro del término de cuarenta (40) días profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, es decir, inaplicando por inconstitucional en este caso, la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar." (Negritas fuera del texto).

Ahora bien, frente al desconocimiento del anterior precedente el mismo Consejo de Estado, indicó en providencia del 29 de abril de 2015⁸:

"...Si la finalidad del subsidio familiar es contribuir al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, resulta violatorio del

⁸ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS-Bogotá, 29 de abril de 2015-REF.:Expediente N° 11001-03-15-000-2015-00380-00-Demandante: Jairo Jaraba Morales -Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia y otro-Sentencia de tutela de primera instancia



Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

derecho a la igualdad que tal beneficio prestacional no se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y sí en la de los oficiales y suboficiales.

Por lo tanto, es acertado inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a fin de permitir que el subsidio familiar se incluya en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.

El Tribunal Administrativo de Antioquia desatendió la anterior regla jurisprudencial, pues negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, con el argumento de que la "experiencia, preparación y responsabilidades" exigidas para desempeñarse como soldado profesional son distintas a las de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

A juicio de la Sala, esa razón desconoce que el objeto de ese beneficio no es otro distinto que servir de auxilio económico para el mantenimiento del núcleo familiar del trabajador y priva a los soldados profesionales del mismo, a pesar de son los servidores que más lo necesita, por tener menor jerarquía, grado y salario en la estructura del Ejército Nacional.

Están resueltos, pues, los problemas jurídicos planteados:

i) (...)

ii) **En cuanto al reajuste de la asignación de retiro del actor, con inclusión del factor denominado subsidio familiar**, la providencia atacada desconoció el precedente fijado en la sentencia del 17 de octubre de 2013 por la Sección Segunda de esta Corporación.

(...). En consecuencia, le ordenará que, dentro del término de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, **profiera una nueva decisión en la que inaplique por inconstitucional la disposición que excluye el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.** (Algunas negrillas nuestras).

Finalmente, se encuentra que el Decreto 4433 de 2004, señala que cuando el subsidio familiar deba ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro, no sufrirá variación por hechos ocurridos con posterioridad al retiro:

"Artículo 5o. Cómputo de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía."

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados



Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

5.1.1 De conformidad con la hoja de servicio No. 4-73148233, el señor JORGE ALI BLANCO ARRIETA, prestó sus servicios a las Fuerzas Armadas durante más de 21 años, ingresando al momento de prestar su servicio militar desde el 16 de julio de 1990 hasta el 15 de enero de 1992; posteriormente pasó a ser soldado voluntario el 15 de mayo de 1992, y finalmente se desempeñó como infante profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2011. (Fl. 53)

5.1.2 Mediante Resolución No. 5922 del 11 de diciembre de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ordenó el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro a favor del señor JORGE ALI BLANCO ARRIETA, a partir del 30 de diciembre de 2011, en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011) indicado en el numeral 13.21 (salario mensual en los términos del **inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000**), adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad (Fl. 58-59).

5.1.4 Según la hoja de servicio referida, para la liquidación de la asignación de retiro se tuvieron en cuenta las siguientes partidas computables: sueldo básico en cuantía de \$749.840,00, prima de antigüedad soldado voluntario en cuantía de \$438.656,00 (Fl. 57), partidas sobre las cuales, según el mismo dicho de la demandada, se aplicó un porcentaje del 70% para el cálculo de la asignación de retiro (Fl. 93).

5.1.5 En la misma hoja de servicio, se constata que durante su última nomina, percibió los siguientes conceptos: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad soldado voluntario, y seguro de vida subsidiado (Fl. 53).

5.1.6 En fecha 5 de mayo de 2014, se presentó petición solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la reliquidación de su asignación de retiro del demandante, incluyéndose en el salario base de liquidación el subsidio familiar, la prima de navidad y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensaciones devengados al momento del retiro, ya que se le había aplicado indebidamente la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. Ídem. Así mismo, solicitó el pago de las diferencias causadas por la reliquidación, el pago de intereses moratorios, indexación mes por mes y sanción moratoria. En este derecho de petición no solicitó la reliquidación de la asignación de retiro con aplicación del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. (Folio 64-65)

5.1.7 Mediante Oficio No. 0034491 del 27 de mayo de 2014, la demandada respondió desfavorablemente la anterior petición, aduciendo que su asignación fue debidamente liquidada, aplicando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (Fl. 66 y reverso).

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.



Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

De conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, se evidencia que el demandante prestó sus servicios a la Armada Nacional por más de 21 años, en los siguientes términos: i) soldado regular en cumplimiento de su deber de prestar servicio militar obligatorio, desde el 16 de julio de 1990 hasta el 15 de enero de 1992; ii) Soldado Voluntario desde el 15 de mayo de 1992 hasta el 13 de agosto de 2003; e iii) Infante de Marina profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2011. Y en virtud de ello le fue reconocida la asignación de retiro mediante la Resolución No. 5922 del 16 de diciembre de 2011 "en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011) indicado en el numeral 13.21 (salario mensual en los términos del **inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000**), adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad".

Ahora bien, de la liquidación de la asignación de retiro, se observa que el porcentaje de liquidación del 70%, se aplicó a la sumatoria del sueldo básico y el 38.50% de la prima de antigüedad, lo cual, a todas luces, resulta contrario a derecho. En efecto, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4333 de 2012, la asignación de retiro equivale al setenta por ciento (70%) del sueldo básico señalado con precedencia -\$749.840.00-, más el 38.5% de la prima de antigüedad – que equivale a \$288.688,40-. Es decir que, el porcentaje de liquidación de 70%, debe aplicarse únicamente sobre el sueldo básico, y a lo que resulte de ello, debe sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto deba hacerse un descuento adicional, así:

Asignación de retiro = 70% del salario + 38.50% de la prima de antigüedad = (\$749.840.00 x 0.7) + (38.5% de la prima de antigüedad) = \$524.888 + \$288.688,40 = \$813.576

No obstante lo precedente, se observa que la demandada injustificadamente, aplicó el porcentaje de liquidación a la sumatoria del sueldo básico y el 38.50% de la prima de antigüedad, disminuyendo el monto de la asignación de retiro que legalmente le corresponde, tal y como se evidencia en el comprobante de pago de asignación de retiro obrante a folio 15 de expediente.

Así pues, advierte la Sala que en la Resolución No. 5922 del 16 de diciembre de 2011, se liquidó en indebida forma la asignación de retiro, por cuanto, como acertadamente lo señalado por el A Quo, la demandada no aplicó debidamente la fórmula señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, puesto que aplicó el porcentaje de liquidación del 70% sobre la sumatoria del sueldo básico y el 38.50% de la prima de antigüedad, siendo que este debe ser aplicado únicamente al sueldo básico, y lo que de ello resulte debe adicionarse con el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto deba hacerse un descuento adicional. En consecuencia, la Sala resolverá positivamente el primer problema jurídico planteado, y confirmará la orden dada por el A quo respecto de reliquidación de la asignación de retiro del actor, aplicando debidamente





Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

los porcentajes consagrados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, como se explicó con precedencia.

De otro lado, en cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, esta Sala acoge el precedente sentado por el H. Consejo de Estado en la sentencia de tutela del 17 de octubre de 2013, el cual es reiterado en reciente jurisprudencia, según el cual, si bien el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, señalando como partidas computables únicamente el sueldo básico y la prima de antigüedad, lo cierto es que el subsidio familiar debe tenerse igualmente como un factor computable, ya que lo contrario sería inconstitucional, en tanto se estaría dando un trato desigual injustificado a los soldados profesionales, respecto de los oficiales y suboficiales a quienes si se les incluye dicho factor dentro de la liquidación de su asignación de retiro; ordenando inaplicar por inconstitucional dicha norma.

Así pues, tal como se desprende de la sentencia que se invoca como precedente obligatorio, si la finalidad del subsidio familiar es contribuir al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, resulta violatorio del derecho a la igualdad que tal beneficio prestacional se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, y no en la de los soldados profesionales quienes reciben los ingresos más bajos de las fuerzas militares.

En ese sentido, no incluir el subsidio familiar dentro de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, es desconocer que el objeto de ese beneficio no es otro distinto que servir de auxilio económico para el mantenimiento del núcleo familiar del trabajador y priva a estos del mismo, a pesar de que son los servidores que más lo necesitan, por tener menor jerarquía, grado y salario en la estructura de las Fuerzas Militares.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social y democrático de Derecho, habrá de reliquidarse la asignación de retiro del demandante, incluyendo el subsidio familiar como lo ordenó el A Quo. Por lo anterior, se despacharán de manera desfavorable los argumentos de defensa de la entidad accionada expuestos en el recurso de apelación, relacionados con que no se debe reconocer el subsidio familiar porque en la hoja de servicio del demandante no está incluida como partida computable para la asignación de retiro, dado que a través de esta sentencia se ordena inaplicar por inconstitucional el artículo 13.2. del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, y como acertadamente lo indicó el A quo en el presente caso no ha operado la prescripción, toda vez que la asignación de retiro se reconoció mediante Resolución No. 5922 del 16 de diciembre de 2011, la solicitud de reliquidación se radicó el 5 de mayo de 2014, y la demanda se presentó el 13 de febrero de 2015, sin que entre dichos periodos hubiere



Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

transcurrido el termino de tres años señalado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

5.3 Condena en costas.

Frente a la condena en costas, esta Sala de Decisión cambiará el criterio que venía adoptando frente a las mismas, acogiendo en ese sentido la posición adoptada por el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 28 de septiembre de 2016⁹, según la cual el artículo 365 del Código General del Proceso – que señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, no puede aplicarse de manera restrictiva o taxativa, sino que deben estudiarse aspectos como la temeridad o mala fe en la que pudo incurrir la parte, así como la existencia de pruebas en el proceso sobre la casación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.

En efecto, para la imposición de la condena en costas el Juez debe analizar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación, y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella adolece de temeridad o mala fe, conforme a los presupuestos establecidos en el artículo 79¹⁰ del Código General del Proceso, que, en este caso al ser examinados, no se configuraron en ninguna de las instancias, pues no se observó temeridad o mala fe la entidad demandada al asumir su defensa, y porque además el artículo 365 numeral 5º del CGP, dispone que en casos como el presente en el que se accede parcialmente a las pretensiones, se faculta al Juez, para abstenerse de condenar en costas o en su lugar, pronunciar condena parcial expresando los fundamentos de su decisión.

Consecuente con lo anterior, en el presente caso en que ambas partes resultaron vencidas, la demandante por no prosperarle su pedido de reliquidación de asignación de retiro aplicando el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en primera instancia y la demandada por no prosperar sus inconformismos respecto de la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la reliquidación de la asignación de retiro, estima el

⁹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B- Consejero Ponente: Carmelo Perdono Cuéter, expediente: 15001-23-33-000-2012-00193-01.

¹⁰ Artículo 79. *Temeridad o mala fe. Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:*

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.
3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.
6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.





Rad. 13001-33-33-007-2015-00119-01

Tribunal que resulta equitativo no imponer condena en costas, de allí que deba revocarse las que fueron impuestas en primera instancia y no condenas en la presente instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha once (11) de mayo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Séptimo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de la referencia, a excepción del numeral "**QUINTO**" referente a la condena en costas, el cual se revoca por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

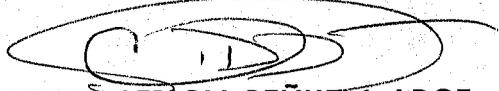
TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

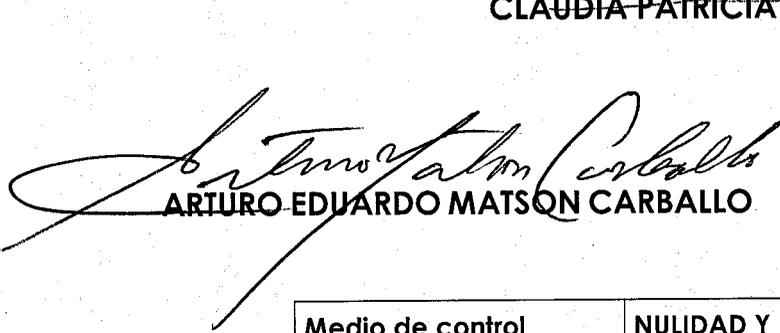
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

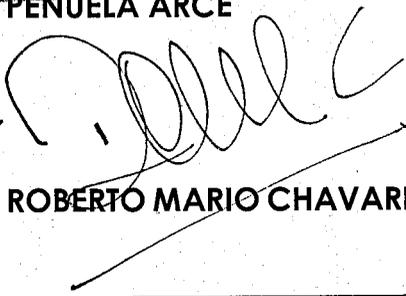
LOS MAGISTRADOS,



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-007-2015-00119-01
Demandante	JORGE ALÍ BLANCO ARRIETA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL
Tema	Reajuste de asignación de retiro de infante de marina profesional con inclusión de subsidio familiar y con el cálculo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

