



Cartagena de Indias D.T. y C, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2014-00108-01
Demandante	ÁNGEL VALLE DE LAS AGUAS
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Reliquidación de asignación de retiro

I.- PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandada, contra la sentencia proferida el día 19 de junio de 2015, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual se concedieron parcialmente las súplicas de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES.

El actor pretende entre otras cosas, que se declare la nulidad del oficio N° 0056134 de fecha 30 de septiembre del 2013 y en consecuencia se condene a la parte demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la reliquidación de la asignación de retiro, incluyendo todos los factores salariales devengados, tales como, el subsidio familiar, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicio anual.

2.1.2. HECHOS.

Relata el actor en síntesis lo siguiente:

Que el infante de marina VALLE DE LAS AGUAS ÁNGEL MARÍA, ingresó a las fuerzas armadas en calidad de soldado regular en el año 1990; luego, en el año 1991 paso a ser soldado voluntario y en el año 2003, paso a ser infante de marina profesional.



Se le reconoció asignación de retiro mediante resolución N° 4675 del 04 de octubre del 2011.

Manifiesta el actor que en la liquidación de retiro se aplicó indebidamente lo establecido en el art. 16 del decreto 4433 del 2004, debido en que se incurrió en un grave error en el cálculo efectuado y además no se le tuvo en cuenta al momento de la reliquidación todos los factores salariales, tales como el subsidio familiar, la doceava de la prima de navidad, prima anual de servicios y prima de vacaciones.

2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

La parte actora fundamenta sus pretensiones en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53, 53, 58 de la Constitución Política y las leyes 6 de 1945, 4 de 1966, C.S.T, ley 923 del 2004, ley 21 de 1982, decreto 4433 del 2004, decreto 1793 del 2000, decreto 1794 del 2000, ley 62 de 1985, ley 33 de 1985 y ley 812 de 2003.

Aduce que, se le violaron mandatos constitucionales porque no se le tuvo en cuenta al momento de liquidar su asignación de retiro, prestaciones que este devengó tales como subsidio familiar, duodécima parte de las primas de navidad de servicio anual de vacaciones y demás prestaciones sociales.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso a las súplicas de la demanda considerando en esencia sus actuaciones se ajustan a la normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares y no están viciadas de nulidad.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Décimo Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el 19 de junio de 2015, concedió las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia de la siguiente manera:

"(...)

Sobre la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro.

(..)

En suma, la sub regla que utilizara este despacho para resolver este punto, está conformada por la norma (artículo 16 del decreto 4433 de 2004) más la



interpretación efectuada por el Consejo de Estado (sentencia del 11 de diciembre de 2014), en virtud de la cual se entiende que 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 adiciona el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad.

Así la cosas, a folio 17 del expediente aparece la operación realizada por la entidad demandada para la liquidación de la asignación de retiro del señor VALLE DE LAS AGUAS, observando que se incurre en error, toda vez que afecto doblemente la prima de antigüedad.

(...)

Sobre el porcentaje en que debió incrementarse el sueldo básico del accionante.

(...)

Es de afirmar a toda luces que CREMIL no se encuentre legitimada para calcular la base para la asignación salarial y prestación de los servidores activos pertenecientes a las Fuerzas Militares, pues la entidad encargada de realizar el pago de dichos emolumentos durante el servicio activo es el Ministerio de Defensa y no la entidad demandada, la cual como ya se observó solo calculara la asignación de retiro con base en las asignación efectivamente pagadas al beneficiario, que se observen en la respectiva hoja de servicios.

Por lo anterior el presente cargo no está llamado a prosperar.

Sobre la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

(...)

En la sentencia del 11 de diciembre de 2014, el Consejo de Estado reitera su posición en relación con la necesidad de inaplicar el parágrafo del artículo 13 de Decreto 4433 de 2004, en cuanto no incluye al subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, por resultar violatorio del derecho a la igualdad previsto por el artículo 13 constitucional.

(...)

El despacho comparte en su integridad los anteriores planteamientos y por lo tanto, accederá a la pretensión de reliquidar la asignación de retiro del demandante para que se incluya como partida computable el subsidio familiar que devengaba en servicio activo."

2.4. LA APELACIÓN

Acusa la sentencia el demandado por cuanto –según su dicho– es evidente que contraria la normatividad vigente, en este caso, el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, al incluir como partida computable el subsidio familiar.



Precisa que la norma en forma expresa establece la forma de reconocer el retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como lo es el subsidio familiar.

Agrega que es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispone cuáles son las partidas que deben ser liquidadas en cada caso para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro.

Sobre el tema de las partidas computables citó la sentencia del H. Consejo de Estado de fecha 27 de julio de 2006, radicado No. 4094-05, dentro del proceso promovido por el señor Álvaro Alfonso Báez Betancourt y algunas del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para significar que el subsidio familiar no se debe tener en cuenta como partida computable para la asignación de retiro, pues no se encuentra incluida en la hoja de servicios militares.

Finalmente y sobre el particular arguye que no le corresponde a la Caja efectuar interpretaciones, ni juicios de valor apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la Fuerza Pública, siendo del caso indicar que los oficiales y sub oficiales tienen una disposición especial; los miembros de la Policía Nacional cuentan con otras disposiciones ; el personal civil tiene otras disposiciones y los soldados profesionales también cuentan con su regulación especial sobre la materia, debiendo la entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales disposiciones y de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde; sin embargo debe señalarse que el derecho a la igualdad solo se predica entre iguales. Subraya que no se configurar violación al derecho a la igualdad.

Reprochó la condena en costas porque – en su parecer – en materia de lo Contencioso Administrativo, es legalmente válido exonerar si prosperan parcialmente las excepciones y solo hay lugar a ellas en la medida de su causación y comprobación.

2.5. MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-

3.1. COMPETENCIA.



De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

3.2. MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

“Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.



3.3 PROBLEMA JURÍDICO.

Acorde con los límites expuestos en la censura, se contraerá el estudio de la Sala a establecer si efectivamente incurre en yerro la sentencia por haber reconocido el derecho a que el subsidio familiar se tenga en cuenta como factor salarial computable de cara a la reliquidación de la asignación de retiro del actor y de ser así, si debe revocarse la sentencia de primera instancia.

Se resolverá lo pertinente al reparo sobre la condena en costas.

3.4. TESIS.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia dando argumentos para asegurar que el subsidio familiar si es factor computable para la liquidación de la asignación de retiro dada la reivindicación del derecho a igualdad y a la familia que ha hecho la jurisprudencia y que no hay lugar a aceptar reproche a la condena en costas.

3.5. RÉGIMEN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL CASO CONCRETO.

El señor ÁNGEL MARÍA VALLE DE LAS AGUAS fue retirado como infante de marina profesional de la Armada Nacional y a través de la Resolución No. 4675 del 4 de octubre de 2011, se le reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro, teniendo en cuenta la normatividad aplicable al momento de retiro, es decir, el Decreto 4433 de 2004, en el siguiente sentido:

Sueldo básico	749.840
Prima de antigüedad – 38.50%-	288.688
Subtotal	1.038.528.40
Porcentaje de liquidación 70%	
Asignación de retiro	\$726.970

El Decreto 4433 de 2004, establece la asignación de retiro para soldados profesionales, como es el sub juez, el cual en sus art. 13 y 16, dispone:

"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)



13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000 "ARTICULO 1. ASIGNACION 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 párrafo 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%)".

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

Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que, por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una 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."

Con base en las normas antes citadas el señor VALLE DE LAS AGUAS, por ser soldado profesional tendría derecho al reconocimiento del 70% del salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, pero en el caso *sub examine*, el actor para el 31 de diciembre del año 2000, se encontraba prestando el servicio como soldado voluntario (véase folio 13), por lo cual le es aplicable el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, el cual prevé:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 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%)".

Debe entenderse entonces que a los soldados que se encuentren como voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 – ley 131 de 1985, Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario – devengarán una asignación de retiro equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).



De lo anterior se podría concluir que el actor tiene derecho a que se le reliquide la asignación de retiro teniendo como base lo estipulado en el inciso segundo del art. 1 del decreto ley 1794 de 2000; sin embargo dicho aspecto no fue objeto de censura pues el cargo que soporta esa proposición no prosperó, luego la Sala se releva de pronunciarse sobre ello.

3.6. FACTORES SALARIALES PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Ahora bien, en relación acreencias laborales computables para la asignación de retiro, el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 5 dispone lo siguiente:

"(...) 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 a l Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

(...)"

No obstante, lo anterior, la misma norma, más adelante en el artículo 13, estableció las partidas computables para la asignación de retiro, así:

"(...)

Artículo 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 *Oficiales y Suboficiales:*

13.1.1 *Sueldo básico.*

13.1.2 *Prima de actividad.*

13.1.3 *Prima de antigüedad.*

13.1.4 *Prima de estado mayor.*

13.1.5 *Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.*



13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

(...). (Negrillas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto que el subsidio familiar, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicio anual, son un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

Ahora bien, en sentencia de tutela el Honorable Consejo de Estado¹ respecto a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de las fuerzas militares en la cual se reivindica el derecho a la igualdad, dispuso entre otras cosas lo siguiente:

“Por otra parte, en lo que tiene que ver con la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto viola el principio de igualdad al excluir el subsidio familiar de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pese a que sí se incluye para la de los Oficiales y Suboficiales, la Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación en sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2013-01821-00, en un asunto idéntico al que ocupa la atención de la Sala, concluyó que no existe justificación para dicho trato desigual y, por lo tanto, la citada disposición debe ser inaplicada.”

¹ 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.



(...)

Obsérvese que las razones que tuvo el operador jurídico demandado para negar la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro y para no aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que no existe violación del derecho fundamental a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, son idénticas a las que dieron lugar a conceder el amparo en el asunto resuelto por la Sección Segunda, cuyas consideraciones prohíja esta Sala en el caso concreto, para concluir que el Tribunal demandado debe proferir un nuevo fallo en el cual inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, como medida de protección del citado derecho fundamental.

Como corolario de lo anterior, la Sala revocará el fallo impugnado, y dispondrá la pérdida de efecto de la sentencia de 7 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-0105-01, y se le ordenará que, en su lugar, dentro del término de cuarenta (40) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo e inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, conforme a las consideraciones expuestas a lo largo de esta providencia."

Evidentemente el subsidio familiar es factor salarial que debe ser incluido en la asignación de retiro de funcionarios del talante del actor, según se advierte de las líneas jurisprudenciales acotadas, y a las cuales se adscribe esta Sala de Decisión.

3.7. Conclusiones finales.

Así las cosas, el actor tiene derecho a que se le reliquide la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar, debido a que este, como lo estipula el Consejo de Estado es una protección a su núcleo familiar.

El reproche por la condena en costas no es de recibo por cuanto ello es aspecto que solo es posible cuestionarlo en un escenario posterior, a través del recurso de reposición o apelación contra el auto que apruebe su liquidación según el artículo 366 del CGP.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala encuentra que no hay lugar a quebrar el fallo de primer grado, pues lo encuentra ajustado a derecho y en tal virtud lo confirmará.

3.8. Costas.



En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandada** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en segunda instancia, ordenando su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., para que de manera concentrada se liquiden a instancias del *a quo*, incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 3, en armonía con el artículo 6, numeral 3.1.3., en el cual se dispone que en los asuntos de segunda instancia con cuantía, adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden, para la tasación de las agencias en derecho, la Sala encuentra razonable fijarlas en la suma de CIENTO SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$175.248), que corresponden al 1% de las pretensiones patrimoniales estimadas en la demanda.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la parte demandada, al pago de costas procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, para cuya liquidación se deberá observar lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código de General del Proceso, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones, e incluirán el valor de las



agencias en derecho fijadas en la suma de CIENTO SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$175.248), de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia

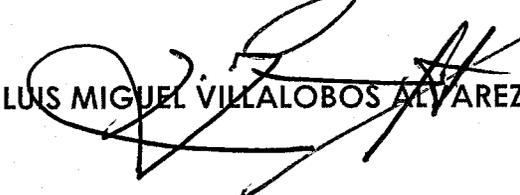
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

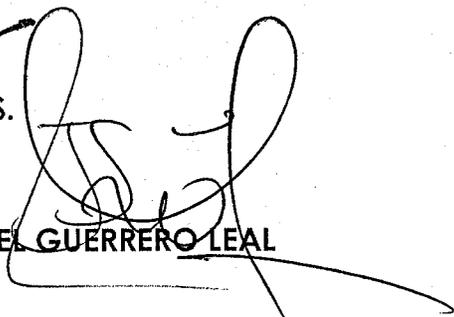
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL