



Cartagena de Indias D. T. y C., dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2015-00171-01
Demandante	HÉCTOR LUIS RIVADENEIRA CRUZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema:	REAJUSTE DEL 20% DE SOLDADO PROFESIONAL
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1 Pretensiones.

"PRIMERO: Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 7599 de fecha 11 de febrero 2015, firmado por Everardo Mora Poveda –Jefe Oficina Asesora de Jurídica, mediante el cual negó el reconocimiento y pago del incremento del s.m.m.l.v. del 40% al 60%, por indebida aplicación del inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; la reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad el (sic) artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y mediante el cual negó el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la resolución de asignación de retiro de la PRIMA DE NAVIDAD de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8 y mediante el cual negó el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la resolución de asignación de retiro del SUBSIDIO FAMILIAR de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.7.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se CONDENE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES al reconocimiento y pago a favor del DEMANDANTE al pago de los dineros indexados junto con los interés (sic) de ley, desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de la actualización del pago total de la obligación de:



1. La reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
 2. El reajuste de la asignación de retiro del cuarenta (40%) al sesenta (60%) por ciento de conformidad con el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de septiembre 14 de 2000.
 3. La inclusión y reliquidación del SUBSIDIO FAMILIAR en la asignación de retiro de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.7.
 4. La inclusión y reliquidación de la PRIMA DE NAVIDAD en la asignación de retiro de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.
- Condenase en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2 Hechos

Se resumen así:

- El demandante ingresó a laborar al Ministerio de Defensa en condición de Soldado Regular, estando regida su vinculación por los parámetros de la Ley 131 de 1985.
- Que a partir del 1º de noviembre de 2003, la vinculación del demandante estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y el Decreto 4433 de 2004.
- Que su vinculación con el Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, fue por más de veinte (20) años.
- Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció asignación de retiro mediante Resolución No. 9438 del 13 de noviembre de 2014.
- Que la liquidación de la asignación de retiro del demandante fue efectuada con base en un salario mínimo legal mensual más el 40%, siendo que el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, establece que los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario más un 60%.
- Que mediante Oficio No. 7896 del 27 de enero de 2015, el demandante radicó petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando la reliquidación de la asignación de retiro, el cual le fue negado mediante Oficio No. 7599 del 11 de febrero de 2015 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

La demandante señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política, Arts. 2, 4, 6, 13, 29 y 53.
- Ley 4ª de 1992, Art. 10.
- Ley 131 de 1985.
- Decreto 4433 de 2004.



- Decreto 1793 y 1794 de 2000.
- Decreto 4433 de 2004.

En síntesis, advierte la parte demandante que existe violación a las normas constitucionales señaladas como violadas, al efectuar una liquidación de la asignación de retiro del demandante del reajuste del 40% al 60%; la reliquidación del 70% y la no inclusión del subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad, por una indebida interpretación de la norma vulnerando con ello los derechos establecidos en la norma superior.

Continúa señalando que el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, fue el establecido mediante el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000.

Que conforme a la Ley 131 de 1985, a 31 de diciembre de 2000, el demandante ostentaba el derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

De igual manera, señala que el Decreto 4433 de 2004, establece los factores a computar para determinar el monto de la asignación de retiro, remitiéndolo al Decreto 1794 del 2000, siendo dicha norma aplicable únicamente para aquellos soldados profesionales que se incorporaron a la Institución con posterioridad al año 2000.

Así mismo, advierte que las anteriores normativas se deben aplicar en consonancia con los principios constitucionales a la igualdad, remuneración mínima, vital y móvil y los derechos adquiridos, consagrados en los artículos 13, 53 y 58.

Y, que la formula aplicada por la demandada al momento del reconocimiento de la asignación de retiro, no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y que la prima de antigüedad del 38,5%, se adicional al 100% del sueldo básico, restándole el 70%, sacándosele así un doble porcentaje, primero el 38,5% que ordena la norma y luego el 70% que efectuá la entidad; siendo que, se debe restar el 70% del salario básico y adicionarse el 38,5% de la prima de antigüedad, para determinar el salario real en la asignación de retiro del demandante, a efectos de no desconocer derechos adquiridos.

Finalmente, aduce que no le fue reconocida en la liquidación de la asignación de retiro, el subsidio familiar, ni la duodécima parte de la prima de antigüedad, vulnerándose con ello el derecho a la igualdad frente a los demás funcionarios de la Fuerza Pública.



2. Sentencia de Primera Instancia (fs. 157-179)

En la sentencia e fecha 30 de septiembre de 2016, objeto de apelación, el Juez Cuarto Administrativo de Cartagena, procedió a conceder parcialmente las pretensiones de la demanda, señalando para el efecto que no compartía la liquidación efectuada por la demandada para efectos de establecer el monto de la asignación de retiro del demandante, puesto que el 70% de que habla el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se refiere a la asignación básica mensual y no a la sumatoria de la asignación básica y el 38,5, correspondiente a la prima de antigüedad, por ende el acto administrativo demandado contrariaba dicha disposición.

En cuanto al reajuste de la asignación de retiro con base en lo establecido en el inciso segundo del art. 1º del Decreto 1794 de 2000, advirtió que lo pretendido no era la reliquidación de la asignación básica y demás prestaciones devengadas en actividad, toda vez que para ello no estaría legitimada en la causa por pasiva la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, puesto que dicho asunto corresponde al Ministerio de Defensa; sino la aplicación de las fórmulas utilizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a efectos de establecer el monto de la asignación de retiro del demandante, por lo que esta última si estaría legitimada en la causa por pasiva.

En esa medida, dispone que de conformidad con lo señalado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y atendiendo que el demandante estuvo vinculado antes del 31 de diciembre de 2000 en calidad de soldado voluntario, a este le asiste el derecho a que a su asignación de retiro se le aplique el porcentaje señalado en la disposición en cita, por cuanto constituye un derecho adquirido en cabeza del demandante, en virtud del artículo 58 Superior y el principio de progresividad. Por lo que inaplicó por inconstitucional el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 y ordenó que se tomara la asignación básica salarial, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000.

En cuanto al reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de las partidas denominadas subsidio familiar, adujo que el demandante en actividad devengaba dicho subsidio, y que la diferenciación existente entre oficiales, suboficiales y soldados profesionales, constituyen una clara vulneración del principio de igualdad, como quiera que existe un parámetro diferencial establecido por el legislador, que se predica entre iguales.



Así las cosas, al haberse devengado el subsidio familiar en servicio activo tanto por los oficiales y suboficiales, así como los soldados profesionales, quienes cumplen con la misión establecida en el artículo 217 de la Constitución Política; la no aplicación del mismo a los soldados profesionales, rompe la relación que debe existir entre el objeto y la finalidad del subsidio familiar, resaltando el A quo que la naturaleza del subsidio está orientada a alivianar las cargas económicas de las personas con bajos ingresos; por lo que ordena la inclusión del mismo en la asignación de retiro del demandante.

Finalmente, niega la prima de navidad como partida computable de su asignación de retiro, puesto que solo es devengada por los soldados profesionales en actividad.

3. Recurso de Apelación (Fs. 181 a 189)

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, sexto, séptimo y octavo de dicha providencia, arguyendo en síntesis lo siguiente:

Como primera medida, señala la demandada que el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se sujeta a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la hoja de servicio militares del actor.

Que dicha normativa dispone que los soldados profesionales que sean retirados del servicio activo con veinte años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres meses de alta, a que la Caja de Retiro les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad; por lo que aduce que la inclusión del subsidio familiar como partida computable, contraria flagrantemente la normatividad vigente.

Que solo a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de la misma anualidad, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose lo sostenido sobre el particular en los Decretos 1793 y 1794 del 2000.

Que para efecto del reconocimiento de la asignación de retiro, se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales se encuentran: i) la



acreditación de un tiempo de servicio de 20 años, ii) cuantía fija de asignación de retiro en un 70% y iii) porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.

Del mismo modo, advierte que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, dispone cuales son las partidas que deben ser liquidadas para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, concretándolas al salario mensual y la prima de antigüedad.

Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, aplica la normatividad legal vigente para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose a las partidas señaladas en la ley, en la cual no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales.

De otro lado, señala que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoce las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales, atendiendo las disposiciones especiales y la hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, siendo por tanto el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Que revisada la hoja de servicio del demandante, no se encontró incluida la partida del subsidio familiar dentro de las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro, alegando que el acto acusado goza de legalidad. Adicionalmente reitera que dicha partida no se encuentra enlistada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Del mismo modo, señala que el principio de igualdad tampoco resulta vulnerado, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004, el cual goza de plena validez y no le corresponde a la Caja, efectuar juicios ni interpretaciones, apartándose de lo establecido en la norma especial.

En cuanto al incremento del 60%, reitera que el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13, dispone las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares, señalando para el efecto que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º, que habla solamente del 40%, y que no obstante lo anterior, el demandante insiste en que se aplique el inciso segundo que habla de un porcentaje diferente.



En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro por concepto de prima de antigüedad, aduce que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es suficientemente claro al indicar que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague una asignación de retiro con el 100% del salario básico más un incremento del 40% y un porcentaje de la prima de antigüedad del 38.5%.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas y agencias en derecho dispone que la condena en costas en esta jurisdicción se rige por un concepto objetivo, en el cual se debe verificar la prosperidad de las pretensiones y que en el caso en estudio, la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios encaminados a perturbar el procedimiento.

Y que no ha realizado actos diferentes a la defensa judicial y tratando de solucionar los conflictos por vía de conciliación, por lo que se solicita se revise la condena impuesta al haber prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda.

4. Trámite procesal de segunda instancia

Mediante providencia de fecha trece (13) de enero de dos mil diecisiete (2017) (f. 4), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, posteriormente, por auto del veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017) (f. 8), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5. Alegaciones

Las partes no presentaron alegatos en el curso de la segunda instancia.

6. Concepto del Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público no recorrió el traslado.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – 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.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) Si *¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su asignación de retiro le sea reliquidada teniendo como base lo previsto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es tomando como base de liquidación un salario mínimo legal mensual vigente adicionado en un 60%?*
- ii) Si *¿Le asiste derecho a la parte demandante a que se reliquide su asignación de retiro aplicando debidamente los porcentajes consagrados en los artículos 16 del Decreto 4433 de 2004?*
- iii) *¿Hay lugar a la reliquidación de la asignación de retiro del demandante con la inclusión del subsidio familiar, como lo ordenó el Aquo, 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?*
- iv) *Por último, se deberá determinar si ¿Es procedente la condena en costas ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda?*

3. Tesis

Esta Sala de Decisión, declarará de oficio la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en adelante



CREMIL, respecto a la reliquidación de la asignación de retiro del actor aplicando el inciso final del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, tomando como base una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, atendiendo a que tal pedimento debía invocarse al ente nominador -Nación -Ministerio de Defensa -Armada Nacional— y no a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, puesto que esta entidad no tiene dentro de sus funciones la facultad de disponer el reconocimiento y pago de dicho emolumento que en sí constituye salario.

En lo que respecta con el segundo problema jurídico planteado, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor, *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 38.5% 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.*

De otro lado, la Sala confirmará la decisión del A Quo en cuanto ordenó 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.

Por último, este Tribunal, confirmará lo relativo a la condena en costas atendiendo lo señalado por el H. Consejo de Estado en providencia del 7 de abril de 2016¹, donde concluyó que no se debe evaluar la conducta de las partes como temerarias o de mala fe, si no que las costas son los gastos que incurren en el trámite del proceso ordinario, y que la parte vencida debe asumir.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: William Hernández Gómez Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: José Francisco Guerrero Bardi Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada)



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%).

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 Militares², 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*

² Artículo 1° del Decreto 4433 de 2004.



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".

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 2013³ 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 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***

³Consejo 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.



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 2015⁴:

"(...) 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 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) (...)

⁴ 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



- 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. Del caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 De conformidad con la hoja de servicio No. 4-97446299, el señor HÉCTOR LUIS RIVADENEIRA CRUZ, prestó sus servicios a las Fuerzas Armadas durante más de 20 años, ingresando al momento de prestar su servicio militar desde el 15 de noviembre de 1993 hasta el 28 de mayo de 1995; posteriormente pasó a ser soldado voluntario el 09 de noviembre de 1993 hasta el 13 de agosto 2003, y finalmente se desempeñó como infante de Marina Profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 21 de julio de 2014. (Fs. 5 y 6 reverso).

5.1.2 Mediante Resolución No. 9438 del 13 de noviembre de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ordenó el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro a favor del señor Infante De Marina Profesional HÉCTOR LUIS RIVADENEIRA CRUZ, a partir del 21 de octubre de 2014, en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 3068 del 30 de diciembre



de 2013) indicado en el numeral 13.2.1 (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, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014 (fs. 11 y 12).

5.1.3 Según la hoja de servicio del actor, para la liquidación de la asignación de retiro se tuvieron en cuenta las siguientes partidas computables: sueldo básico en cuantía de \$862.400, prima de antigüedad soldado profesional en cuantía de \$504.504 y subsidio familiar en cuantía de \$161.700 (f. 50 reverso).

5.1.4 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 profesional, seguro de vida subsidiado, prima vacacional (F. 50 reverso).

5.1.5 Certificado de fecha 12 de febrero de 2015 expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (f. 65), en el cual se le informa al señor Infante de Marina Profesional Héctor Luis Rivadeneira Cruz, que para la vigencia del año 2015, su asignación de retiro incluida la partida del subsidio familiar, corresponde a la siguiente liquidación:

SUELDO BÁSICO (SMLV + 40%)		\$902.090,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38,5	<u>\$347.304,65</u>
		\$1.249.394,65
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN 70,00%		
SUBTOTAL		\$874.576,00
MAS SUBSIDIO FAMILIAR (30% EN ACTIVO)		<u>\$169.142,00</u>
ASIGNACIÓN DE RETIRO		\$1.043.718,00

5.1.6 El 27 de enero de 2015 el actor elevó petición ante CREMIL solicitando el reajuste de su asignación de retiro por indebida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, con inclusión del subsidio familiar, prima de navidad, el 20% sobre la asignación básica mensual devengados al momento de su retiro (f. 96 reverso), la cual fue negada por la entidad demandada mediante certificado CREMIL 7896 de 11 de febrero de 2015. (F. 3).



5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

De conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, se evidencia que el demandante prestó sus servicios a la Armada Nacional por veinte (20) años, cuatro (4) meses y veintiséis (26) días (f. 5). Y en virtud de ello le fue reconocida la asignación de retiro mediante la Resolución No. 9438 del 13 de noviembre de 2014 "en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 3068 de diciembre 30 de 2013) indicado en el numeral 13.2.1 (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, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014".

En ese orden, puede establecerse que el demandante inició su labor como Soldado Voluntario desde el 9 de noviembre de 1995 y el 14 de agosto de 2003 pasó a ser Infante Profesional, es decir, bajo lo anteriormente señalado ingresó a las Fuerzas Militares en vigencia de la Ley 131 de 1985 y por obra del Decreto 1794 de 2000, pasó a ser Infante profesional como se referenció.

Para resolver el primer problema jurídico, debe señalarse que si bien es cierto, la norma prescribe que los Soldados Profesionales devengarán un salario mínimo mensual vigente, incrementado en un 40%, en el inciso segundo indica que aquellos vinculados a 31 de diciembre del 2000, como es el caso del aquí demandante, devengarán un salario mínimo incrementado en un 60%, pero mal podía en sentir de la Sala, tomar un salario mínimo incrementado en un 60%, cuando efectivamente ese no fue el que devengó y sobre el cual cotizó para tener derecho a la prestación, por lo cual, CREMIL debe liquidar la prestación con el monto real que se percibía al momento de retiro, es decir, en este caso, el sueldo básico que recibía como Infante Profesional.

En otras palabras, la hoja de servicios del demandante, que a la postre es la que recibe CREMIL, por parte del Ministerio de Defensa, para liquidar la asignación de retiro, refleja que devengaba por concepto de sueldo básico un salario mínimo aumentado en el 40%, y este fue el sueldo que fue considerado por la Caja demandada para liquidarle la asignación de retiro, situación que se encuentra ajustada a derecho de acuerdo con lo establecido en precedencia (f. 65).



Debe tenerse en cuenta, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene como función principal la de *"reconocer y pagar las Asignaciones de Retiro al personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, así como la sustitución pensional a sus beneficiarios, y contribuir al desarrollo de la política y los planes generales que en materia de seguridad social adopte el Gobierno Nacional respecto de dicho personal"*, todo ello, por supuesto, con sujeción a lo dispuesto en la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa, por lo cual, mal podría la entidad demandada, entrar a liquidar una prestación con una asignación básica que no ha sido demostrada se devengó por el peticionario al momento del retiro, ya que no está certificado en la hoja de servicios ni en ningún otro documento y, tampoco podía entrar a reconocer y pagar el mismo, pues carece de competencia para ello.

En efecto, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, tiene la función de efectuar reconocimiento y la reliquidación de la asignación mensual de retiro que actualmente devenga el actor, sin embargo, la entidad no está facultada para reconocer o pronunciarse sobre aquello que no le compete y que incidiría posiblemente en su prestación, pues ello le corresponde en este caso en particular al Ministerio de Defensa como ente nominador.

En otras palabras, al no tener reconocido el reajuste de su salario en un 20%, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, tal pedimento debía invocarse al nominador —Nación -Ministerio de Defensa-Armada Nacional— y no a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, puesto que esta entidad no tiene dentro de sus funciones la facultad de disponer el reconocimiento y pago de dicho emolumento que en sí constituye salario, pues si lo pretendido por la parte demandante era la inclusión de una asignación mensual distinta a la efectivamente devengada dentro de la asignación de retiro, lo procedente era haber solicitado ante la entidad correspondiente el mencionado reajuste y luego sí acudir ante CREMIL a que se lo incluyera en la liquidación de la referida prestación.

En virtud de lo anterior, se revocará parcialmente los numerales primero y segundo de la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena en cuanto dispuso inaplicar por inconstitucional el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y en consecuencia condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro del actor aplicando el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000,



tomando como base una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y en su lugar se declarará de oficio que frente a CREMIL se encuentra probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA para atender esa pretensión.

Ahora, en lo que respecta al segundo problema jurídico planteado, esto es, si le asiste derecho al demandante a que se reliquide su asignación de retiro aplicando debidamente los porcentajes consagrados en los artículos 16 del Decreto 4433 de 2004; precisa la Sala, que de la certificación allegada por el Coordinador de Nómina, Embargos y Acreedores de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, visible a folio 65 del expediente, puede establecerse que la asignación de retiro del actor en el año 2015, viene siendo liquidada sobre el 70%, de 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, más el 38.5% de la prima de antigüedad. 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.

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 al actor.

Así pues, advierte la Sala que en la Resolución No. 9438 del 13 de noviembre de 2014, se liquidó en indebida forma la asignación de retiro, atendiendo a que la demandada no aplicó correctamente 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 CONFIRMAR la sentencia apelada, en lo que respecta a este punto.

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 partida computable. Ahora, si bien se encuentra acreditado dentro del plenario que el señor Infante de Marina Profesional Héctor Luis Rivadeneira Cruz, le fue tenido en cuenta el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, tal y como se acredita con la Hoja de Servicio del actor (f. 5) y la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro (fs. 6 y 7); extraña a la Sala el motivo por el cual la parte demandada, en el *sub examine* insiste que el subsidio familiar no está consagrado expresamente como partida computable dentro del reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales.

En esa medida, esta Sala de Decisión CONFIRMARÁ el fallo apelado en lo que respecta al subsidio familiar, como lo ordenó el A Quo, es decir, que en el evento



de que el subsidio familiar haya sido incluido en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, se realicen los descuentos en la liquidación que en cumplimiento de la orden judicial deban efectuarse, a efectos de que el pago no se haga doblemente.

Por lo anterior, se despacharán de manera desfavorable los argumentos de defensa de la entidad accionada expuestos en el recurso de apelación, relacionados con el reconocimiento y pago del subsidio familiar y la liquidación de la prima de antigüedad.

Finalmente, advierte la Sala en cuanto a la condena en costas impuesta por el A quo, que la misma se encuentra regulada en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

"Artículo 188.- *Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

La disposición citada previamente, impone al juzgador la carga de decidir sobre la condena en costas, siempre que profiera una sentencia, con la única salvedad de no hacerse en los eventos en los que se ventila un interés público.

Sin embargo, el concepto de interés público al que alude la norma, es el estrictamente ligado al que mueve a una determinada persona para actuar en defensa de derechos de orden público y, no se encuentra relacionado con la calidad de la entidad o entidades emplazadas en los juicios contenciosos administrativos.

Se observa que la normativa en comento, en cuanto a la liquidación y ejecución de las costas, efectúa una remisión al Código de Procedimiento Civil, empero, como este fue derogado, debe entenderse que esa remisión que hace el CPACA., es a la normativa procesal vigente a partir del 01 de enero de 2014, esto es, la Ley 1564 de 2012, el cual en los artículos 365 y 366, prescribe:

"Artículo 365. Condena en costas. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.



Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.



Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso."

La ley 1437 en el canon 188 obliga objetivamente a condenar en costas en la sentencia, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, caso contrario que ocurría en el Derecho 01 de 1984 – C.C.A.- que el régimen de costas es subjetivo – se debe apreciar la conducta procesal asumida por las partes-.

Por consiguiente, de acuerdo con la ley antes citada es deber del juez condenar en costas.

En este caso, la parte demandada advierte que se debe revocar la condena impuesta por el A quo, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda. Sobre el particular, advierte la Sala que tal y como se señaló en precedencia, es deber del juez pronunciarse sobre la condena en costas; del mismo modo, en los casos de prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), establece que **"el juez podrá"** es decir, que es potestativo del juez prescindir de la misma, debiendo en dicho caso expresar los fundamentos de su decisión.

Atendiendo lo anterior, en los eventos en que el A quo decida condenar en costas en procesos en donde hay procedencia parcial de las pretensiones de la demanda, el Ad quem solo tiene competencia para revisar el quantum de las agencias en derecho tazadas en primera instancia.



Sobre el particular, se advierte que el Acuerdo 1887 de 2003, en su art. 6 numeral 3.1.2 establece las tarifas de agencias en derecho en primera instancia que: *"con cuantía hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."*

Así mismo la norma ibídem, en su artículo tercero, estableció el criterio para fijar el monto, el cual expuso que:

"ARTICULO TERCERO. - Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones."

Así las cosas, revisado los elementos establecidos en la norma para el trazado de las agencias en derecho, considera la Sala que el a-quo, fue proporcional al fijar como monto de las agencias en derecho el 3% de las pretensiones reclamadas en la demanda, dando como resultado un monto de sesenta y seis mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos (\$66.457), el cual es razonable atendiendo la naturaleza del proceso y duración del mismo, motivo por el cual se CONFIRMARÁ el fallo apelado en dicho aspecto, atendiendo igualmente el precedente sentado por el Honorable Consejo de Estado⁵, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, donde varió posición subjetiva y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas, al concluir que no se debe evaluar la conducta de las parte como temerarias o de mala fe, si no que estas son los gastos que incurre las partes en el trámite del proceso ordinarios, que la parte vencida debe asumir.

5.3 Condena en costas en segunda instancia.

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 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso, cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido avante en sus pretensiones.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: William Hernández Gómez Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: José Francisco Guerrero Bardí Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada)



Ahora bien, en casos como el presente en el que se accede parcialmente a las pretensiones, faculta el numeral 5° ibídem 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 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 Tribunal que resulta equitativo no imponer condena en costas.

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: REVOCAR parcialmente los numerales primero y segundo de la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena en cuanto dispuso inaplicar por inconstitucional el artículo 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y en consecuencia condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro del actor aplicando el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, tomando como base una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y en su lugar, **DECLARAR DE OFICIO** la configuración de la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** de CREMIL frente a la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro aplicando el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: No condenar en costas de segunda instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2015-00171-01
Demandante	HÉCTOR LUIS RIVADENEIRA CRUZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema:	REAJUSTE DEL 20% DE SOLDADO PROFESIONAL
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



Handwritten scribbles and marks, possibly including a signature or initials.