



13-001-33-33-003-2016-00195-01

Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1º) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-003-2016-00195-01
Demandante:	José Luis Rivera Barraza
Demandado:	CREMIL
Tema:	Reliquidación de asignación de retiro.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 14 de diciembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 21 - 29)

a) Pretensiones:

El señor José Luis Rivera Barraza, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare la nulidad de los Actos Administrativos conformados por los oficios No. 0029373 del 4 de mayo de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y No. 0041464 del 21 de junio de 2016, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración 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, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

2.1. Reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1º del decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al



13-001-33-33-003-2016-00195-01

efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.

2.2 Reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 1º del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

2.3. Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la constitución nacional, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, entre ellos el demandante, cuando a todos los demás miembros del ministerio de defensa nacional así como de las fuerzas militares, tanto civiles como militares y de policía, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación de la asignación de retiro respectiva.

3. Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos. (...)

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente la demanda, el actor afirmó en resumen, lo siguiente:

Ingresa a la Armada Nacional en calidad de Soldado Voluntario en el año de 1996; y en el año 2003 pasó a ser Soldado Profesional.

Por cumplir con los requisitos exigidos en la ley, la entidad accionada le reconoció asignación de retiro a través de Resolución No. 4607 de 28 de septiembre de 2011.

En la liquidación de la asignación de retiro se le aplicó indebidamente el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma, porque se efectuó un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues, se toma el 38.5% y sobre este rubro se le sacó el 70%.

Al aplicar indebidamente la fórmula se la desmejoró su asignación de retiro.

Así mismo, debió tenerse 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 se hizo, ya que tenía la calidad de Soldado Voluntario antes del año 2000.

Además, al momento de reliquidar la asignación de retiro, se le debió tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

c) Normas violadas y concepto de violación

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; 138 y 159 de la Ley 137/11; 10 de la Ley 4/92; Decretos 4433 del 2004; 1793 del 2000; 1794 del 2000.

Como concepto de la violación, adujo que los actos acusados desconocen su derecho a devengar una pensión justa y acorde con las previsiones legales, al momento de realizar una liquidación equivocada del monto de la asignación de retiro.

La entidad accionada viola el contenido del artículo 16 del Decreto 4433/04, al aplicar un doble descuento en la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro.

Cumple con los requisitos contenidos en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794/00, para que su sueldo básico sea incrementado en un 60%, ya que tenía la calidad de Soldado Voluntario antes del año 2000.

Existe violación al principio de igualdad, porque no se le tuvo el subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro.

3.2. La contestación (fs. 45 - 51).

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con apoyo en los siguientes argumentos:

Le reconoció asignación de retiro al demandante mediante Resolución No. 4607 del 28 de septiembre de 2011, con efectos a partir del 29 de octubre de 2011, por haber acreditado un tiempo de servicio de 21 años, 1 mes y 29 días.

Dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo con la hoja de servicios militares del actor.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la norma aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

Sostuvo que se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esta entidad.

Para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, la norma en forma expresa



13-001-33-33-003-2016-00195-01

establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podrían ser el subsidio familiar, la prima de navidad y demás primas y bonificaciones devengadas al retiro.

Por disposición legal, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, que se refiere al incremento del 40%, no obstante, el demandante insiste en que se aplique el inciso segundo, que habla de un porcentaje diferente.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 90 - 97, C-2)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 14 de diciembre de 2017, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios N° 0029373 de 4 de mayo de 2016, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengado por el señor JOSÉ LUIS RIVERA BARRAZA y N° 0041464 de 21 de junio de 2016 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra la decisión inicial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se condena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer y pagar a favor del señor JOSÉ LUIS RIVERA BARRAZA con C.C. 72.202.948, la diferencia en la asignación mensual que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 aplicando la fórmula $AR = (SM * 70\%) + (PA * 38.5\%)$, donde AR es Asignación de retiro, SM es el Salario mensual y PA es la Prima de antigüedad, en las partidas salariales y prestacionales, como asignación básica mensual, prima de antigüedad, prima de servicios anual, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, subsidio familiar, teniendo en cuenta que el salario mensual corresponda a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y pagar las diferencias resultantes a partir del 26 de abril de 2012 y dado como ya se acotó que percibe asignación de retiro, hasta el mes de agosto de 2015, dada la prescripción cuatrienal que gravita en este asunto de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Las sumas de dinero que deben ser reconocidas a favor del demandante como consecuencia del restablecimiento del derecho otorgado deben ser ajustadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 187 del CPACA y con la fórmula sentada para estos eventos por el Consejo de Estado, que fue señalada en la parte considerativa.

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandada, conforme lo previsto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., se liquidarán por secretaría en firme la Sentencia. Las agencias en derecho se fijan en la suma seiscientos mil ochocientos cuarenta y ocho mil pesos, (\$600.848.00), según lo explicado en la parte motiva.

QUINTO: Esta sentencia se cumplirá conforme lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sobre el reajuste salarial y prestacional ordenado en favor del actor, deberá efectuar de manera





13-001-33-33-003-2016-00195-01

indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente por concepto de aportes a la seguridad social y demás a que haya lugar (...)".

- Para sustentar las decisiones transcritas, el A-quo afirmó que en el reconocimiento de la asignación de retiro, la entidad aplicó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sin embargo, al efectuar la liquidación de la asignación de retiro del señor Rivera Barraza, sumó el salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad y al resultado le contabilizó el 70%, conforme el acto administrativo demandado.

Para el Despacho el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece que la asignación mensual de retiro equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 de la misma norma, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo interpretó la entidad, pues le causó una afectación a los derechos del demandante.

Los actos administrativos demandado violan el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 en concordancia con el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, teniendo en cuenta que al estar vinculado a 31 de diciembre de 2000 como Soldado Voluntario le era aplicable incrementar el salario mínimo legal mensual vigente en un 60% y no del 40%.

V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 211 - 220).

El apoderado de la parte demandante adujo la fecha en que se deben realizar los reajustes solicitados, es la fecha en la que empezó a percibir la asignación de retiro.

En la sentencia recurrida, la A-quo ordenó los reajustes desde el 26 de abril del 2012, hasta el mes de agosto de 2015, aplicando la prescripción cuatrienal, decisión que resulta contraria a lo solicitado, porque el reajuste debe hacerse desde su reconocimiento, es decir, desde el 5 de junio del 2015 en adelante, sin posibilidad de aplicar prescripción, pues la solicitud de reajuste la presentó el 26 de abril del 2016, sin que hubiera ni un año.

- Aunque por la A-quo reconoció que tiene derecho al reconociendo del 20%, este fue ordenado temporalmente de manera errónea, ya que ordenó reajustar el tiempo en que estuvo en servicio activo.

- Solicitó en la demanda el reajuste de la asignación de retiro con el reajuste del subsidio familiar, pues se incluyó en cuantía del 30% de lo devengado en actividad en aplicación del Decreto 1162 de 2014 y con fundamento en su único artículo ordena la inclusión del subsidio familiar en cuantía del 30% de lo



13-001-33-33-003-2016-00195-01

devengado en actividad. Pretensión a la cual no hizo alusión la juez de primera instancia.

Como se observa, la decisión del Juzgado resulta totalmente contraria a lo normado tanto en la Constitución Nacional como en la Ley, toda vez que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, dispone la inclusión del Subsidio Familiar como partida computable en la asignación de retiro que devenga los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, en el porcentaje devengado en actividad.

El apoderado de la parte demandada adujo que el actor no tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro.

A partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000. Dicha norma se constituye en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias (artículo 45 del decreto 4433 de 2004), norma que no incluyó el subsidio familiar.

Adujo que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho a la igualdad, 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, Decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas, por cuanto a esta Caja le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.

- Manifestó que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe interpretarse así:

Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) = 140%

Prima de Antigüedad = 38.5 %

Asignación de retiro:

70% = (Sueldo Básico + 38.5% de Prima de Antigüedad)

Por consiguiente, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

- Aunque el Consejo de Estado ya definió que en los casos como el presente, los soldados si tienen derecho a que su asignación básica sea aumentada en un 60% del SMLMV, lo cierto es que no está legitimado para acceder a dicho reconocimiento, ya que esa labor le corresponde al Ministerio de Defensa, y por ello las pretensiones debieron dirigirse a esa entidad.

- Por último cuestionó la condena en costas impuestas por el A-quo, porque se debe estudiar la conducta que haya tenido la parte vencida dentro del proceso, y su aptitud ha estado exenta de mala fe o temeridad. Además, en el presente asunto de ventila un interés público porque se está afectando las arcas de la Nación.

VI. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 3 de septiembre de 2018 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes (f. 236 - 237), y por providencia de 26 de septiembre de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 241).

La parte demandante en sus alegatos reiteró lo expuesto en la demanda (fs. 252 - 257).

La parte demandada reiteró los argumentos expuesto en el recurso de apelación (fs. 244 - 251).

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

VII.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

VIII. - CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

8.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si **(i)** efectivamente la entidad accionada al momento de liquidar la asignación de retiro del actor aplicó correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; **(ii)** si este tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro en un 100% el subsidio familiar como partida computable; **(iii)** si CREMIL está legitimado para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro con el 60 % de la asignación básica mensual; **(iv)** si se debe reajustar asignación de retiro adicionando un 20% teniendo en cuenta lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y **(v)** si existe prescripción de las mesadas pensionales y **(vi)** si la condena en costas debe imponerse con un criterio subjetivo.

8.3. Tesis de la Sala

La entidad demandada no está aplicando correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues aplica un doble descuento a la prima de antigüedad del accionante, al momento de liquidar su asignación de retiro.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

El demandante sí tiene derecho a que se le fije su salario con el mínimo incrementado en un 60%, pues tenía la calidad de soldado voluntario antes del 31 de diciembre del año 2000, y por ello le resulta aplicable el inciso 2º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, dicho reajuste debe tenerse en cuenta para el reajuste de la asignación de retiro del actor.

El demandante no tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar en un 100% como partida computable en su asignación de retiro, porque en criterio de la Sentencia de unificación del Consejo de Estado, quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con posterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar se debe liquidar en dicho porcentaje.

No hay lugar a la prescripción de las mesadas pensionales del actor porque entre la fecha de reconocimiento de la pensión y la presentación de la demanda no trascurrieron los 3 años de que trata el artículo 43 del Decreto 4433/04.

Por último, contrario a lo dicho por el apelante, la condena en costas en vigencia del CPACA y el C.G.P., deben imponerse con base en un criterio objetivo.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

8.4 Marco jurídico y jurisprudencial.

La Ley 131/85 reguló el ingreso, beneficios y obligaciones en materia de servicio militar voluntario, y en el artículo 4 estableció lo siguiente:

"ARTICULO 4º. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."

De esta forma, se observa, que las personas que decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas, como soldados voluntarios, los cuales están definidos por el deseo de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio, a diferencia del soldado profesional, que es aquel entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio,¹ tenían derecho, en vigencia de la norma referenciada, a una bonificación mensual, equivalente al salario mínimo legal más un sesenta por ciento (60%) de dicho valor.

Posteriormente, mediante Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000, los regímenes prestacionales de los soldados profesionales y los voluntarios fueron asimilados, de conformidad con el artículo 42 de tal preceptiva, que indicó:

"ARTÍCULO 42. ÁMBITO DE APLICACIÓN. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales."

La anterior disposición debe ser interpretada conforme a lo establecido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, que en su artículo 1º señala:

"ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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%)."

La Ley 923/04 establece las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política. Esta Ley estableció la posibilidad de que los soldados profesionales devengaran una asignación de retiro.

¹ Sobre la diferencia de soldados voluntarios y profesionales, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 11 de junio de 2009. Expediente 2311-08. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 4433/04 dispone que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años tendrán derecho a que CREMIL les pague una asignación de retiro equivalente al 70% del salario mensual de que trata el numeral 13.2.1, más el 38.5% de la prima de antigüedad, así:

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.

El numeral 13.2.1 del artículo 13 ibídem 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:

13.1. 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.

Posteriormente el Decreto 1162/14, "Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares", estableció en su artículo 1° lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares **que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar**, regulado en los



13-001-33-33-003-2016-00195-01

decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez **el treinta por ciento (30%) de dicho valor**; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Solo a partir de la entrada en vigencia de la norma transcrita los soldados profesionales tienen derecho a que en su asignación de retiro se les compute el subsidio familiar en un 30% del sueldo básico.

8.5 Sobre la condena en costas.

La doctrina define el concepto de **costas procesales** como los gastos que se deben sufragar en el proceso, e incluye **1) las expensas** que son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc., y **2) las agencias en derecho** que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez puede reconocer a favor de la parte vencedora.

El Código General del Proceso, siguiendo esa conceptualización estableció en el artículo 361 lo siguiente:

"Artículo 361. Composición. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho".

En cuanto a las costas procesales el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A., establece:

"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."

Del artículo mencionado se infiere, en primer lugar, que en los procesos en que no se ventile un interés público no se dispondrá sobre la condena en costas y establece que en los demás casos, en la sentencia el juez "dispondrá sobre la condena en costas", esto es, se pronunciará sobre la materia indicando si procede o no dicha condena.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P. establece:

"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,





13-001-33-33-003-2016-00195-01

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.

En la jurisdicción contencioso administrativa se han adoptado históricamente varios criterios relacionados con la condena en costas a la parte vencida que van desde la prohibición de dicha condena, a la autorización de la misma atendiendo la conducta procesal de la parte vencida (criterio subjetivo), hasta llegar a la adopción de un criterio objetivo.

Este Tribunal ha venido acogiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia que, recientemente, en sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A" de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra, explicó la evolución normativa de la condena en costas y adoptó criterios para su aplicación, que se transcriben en extenso:

"De la condena en costas

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁸ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los



13-001-33-33-003-2016-00195-01

honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP,⁹ y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado¹⁰ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007.¹¹

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera "automática" u "objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no.¹²

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes: a- El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.¹³

Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.¹⁴

b- De la lectura del artículo 365 en comento, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.

c- En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: Una primera etapa de prohibición, la segunda de regulación con criterio subjetivo, y la última de regulación con criterio objetivo. Veamos los detalles:

a. Prohibición de condena en costas al Estado: Consagrada originalmente en el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, que prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales.¹⁵

Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del CPC,¹⁶ modificado por el Decreto 2289 de 1989 artículo 1 numeral 19817, lo que luego derogó la Ley 794 de 2003 artículo 42.¹⁸

b. Autorización de condena en costas, con criterio subjetivo. La Ley 446 de 1998, al modificar el original artículo 171, consagró una norma que autorizó la condena en costas, previa evaluación del juez de la conducta asumida por las partes.¹⁹ Lo novedoso de la reforma fue la terminación del privilegio histórico que se le había conferido al Estado, el cual no podía ser condenado al pago de costas en el litigio.

Esta modificación fue objeto de análisis por parte de esta Corporación en sentencia de 18 de febrero de 1999,²⁰ en la cual se precisó lo siguiente: 16



13-001-33-33-003-2016-00195-01

" [...] La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del CCA sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. [...]"

Se dijo de la referida modificación, que se trataba de una cláusula abierta o indeterminada, que debía concretarse con la apreciación del juez en cada caso particular.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, declaró exequible la expresión "[...] teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá [...]" del artículo 171, modificado por la L. 446 de 1998.

En esta sentencia la Corte Constitucional retomó el recuento histórico hecho por el Consejo de Estado en la decisión citada anteriormente e hizo lo propio con las decisiones adoptadas por ella misma sobre los criterios objetivos y subjetivos de imposición de condena en costas, tanto en el CPC como en el CCA.²¹

Finalmente, en la sentencia de constitucionalidad se dio alcance a la reforma del artículo 171 del CCA al precisar que "[...] No cabe duda ahora de que él permite la condena en costas a las entidades públicas vencidas, tanto en la concerniente a las expensas judiciales como a las agencias en derecho (salvo el impuesto de timbre).

[...] " Y que "[...] es muy clara en cuanto introduce un factor subjetivo en la determinación de la responsabilidad de las partes por el reembolso de las costas judiciales y así lo ha reconocido también el Consejo de Estado [...]" . Ello, señaló la sentencia, pese a la remisión que se hacía al artículo 392 del CPC que regulaba un criterio objetivo en tal sentido. Continúa la Corte Constitucional,

"[...] pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad [...]" tal como lo había precisado el Consejo de Estado en decisión que es objeto de cita en esta sentencia.²²

c. La condena en costas con criterio objetivo. El CPACA adoptó la misma línea del CPC y CGP en el sentido de acoger el criterio objetivo para la condena en costas. Veamos las normas que lo consagran:

i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en los casos del desistimiento tácito.

ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.

iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.

iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado.

Las reglas previstas en los literales 1, 3 y 4 de la anterior relación, permiten interpretar el enunciado deóntico "dispondrá" que consagra el artículo 188 ibídem, el cual puede asimilarse al enunciado "decidirá", lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil.

En efecto, desaparece de la actual regulación la obligación de tener "[...] en cuenta la conducta asumida por las partes [...]" . Es decir, en este caso el legislador introduce una modificación en la redacción que no puede pasar desapercibida para el intérprete, dada la misma evolución normativa y jurisprudencial ya reseñada.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

"[...] La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.

Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. [...]" (negritas fuera de texto).

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto,²³ para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

f- Esta postura fue adoptada recientemente por la Corporación en sede de tutela, decisión (...).

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCAa uno "objetivo valorativo" –CPACA–.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Este Tribunal acoge y prohíja los criterios expuestos en la sentencia transcrita, los cuales, en la medida que adoptan un criterio objetivo para decidir la condena en costas procesales, desvirtúan los argumentos de la parte demandada, orientados a demostrar que la imposición de costas procesales depende de que haya obrado de mala fe o con temeridad.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

8.5. Lo probado en el proceso

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probado lo siguiente:

- Que CREMIL, a través de la Resolución 4736 del 205 de junio de 2015, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2731 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1: (salario mensual en los términos del inciso 1° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000), adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% de la prima de actividad (fs. 10 - 12).
- Que el demandante laboró al servicio del Ejército Nacional por 21 años, 0 meses y 21 días (f. 12).
- Que tuvo la condición de Soldado Voluntario desde el 26 de marzo de 1996 hasta el 13 de agosto de 2003 (f. 16).
- Que en su última nómina correspondiente a marzo de 2015, le cancelaban sueldo básico, subsidio familiar, y prima de antigüedad, (f. 16).
- Que como partidas computables el demandante recibe en su asignación de retiro, salario, el 38.5% de prima de antigüedad y subsidio familiar 30%(f. 10 – 12).
- Que para liquidar la asignación de retiro del actor la entidad accionada suma el salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad del actor, y a ese resultado le extrae el 70% y le sumaban el 30% del subsidio familiar (f. 15).
- El 24 de abril de 2016 el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro, la cual fue negada mediante oficio No. CREMIL 35086 consecutivo 2016-29377 del 4 de mayo de 2016 (fs. 2 – 6).
- El demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión anterior, el cual fue resuelto mediante oficio de 21 de junio de 2016 (Fs. 7 - 9).

8.6. Caso concreto.

- **Sobre la indebida aplicación de la formula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.**

El Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en su artículo 16 establece:



13-001-33-33-003-2016-00195-01

“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

Sobre la interpretación que debe darse al artículo antes transcrito, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de los Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia del 29 de abril de 2015, manifestó:

“ (...) Para la Sala los términos de la norma son claros, **pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo adicionado...** En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo(..)”

Este tema fue objeto de unificación por parte de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, mediante sentencia del 25 de abril de dos mil diecinueve (2019), radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, en el que señaló que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

“Forma de liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad

232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:



13-001-33-33-003-2016-00195-01

(Salario+ prima de antigüedad)* 70%=Asignación de Retiro

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38.5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho².

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en

² Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.





13-001-33-33-003-2016-00195-01

aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 *ejusdem*, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad accionada debe calcular el 70% del salario mensual del accionante, y a ese valor adicionarle el 38.5% de la prima de actividad que devengaba, tal como lo estableció el Juez de primera instancia, razón por cual debe confirmarse en este aspecto la sentencia apelada.

- Legitimación para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro con el 60% de la asignación básica mensual.

El Consejo de Estado se vio en la necesidad de definir si, para solicitar la reliquidación de la asignación de retiro con el 20% adicional, era necesario que previamente se hubiera solicitado la reliquidación del salario devengado en servicio activo al Ministerio de Defensa Nacional o si se podía acudir directamente a CREMIL para requerir este ajuste, ya que existían diversas interpretaciones al respecto en los tribunales y juzgados del país.

Por lo anterior, en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, citada previamente, se estableció que CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

Dicha providencia señaló que CREMIL tiene la función de reconocer, liquidar y pagar las asignaciones de retiro y, en consecuencia, será la entidad obligada a efectuar una reliquidación de dicha prestación.

Adujo que el hecho de que la entidad realice el aludido reconocimiento con base en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de



13-001-33-33-003-2016-00195-01

Defensa, entidad nominadora, no implica la imposibilidad de llevar a cabo el reajuste de la prestación de retiro en virtud de una orden impartida por una sentencia judicial. Cosa distinta es que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

En vista de que se profirió la sentencia de unificación comentada, que constituye un precedente vinculante, este Tribunal adopta los criterios allí expuestos, unificando en este sentido los criterios que había sostenido en algunas sentencias anteriores.

- Incremento adicional del 20% del salario básico.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia del 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado CE-SUJ2 850013333002201300060 01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, unificó el criterio sobre el temas así:

Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000³ distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁵ cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4° de la Ley 131 de 1985,⁶ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado

³ Ib.

⁴ Ib.

⁵ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁶ Ib.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Elo por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁷ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992⁸ y el Decreto Ley 1793 de 2000,⁹ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos".

En esta misma providencia sostuvo que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹¹ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹² es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

⁷ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁸ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁰ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹¹ Ib.

¹² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenderse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹³ y 174¹⁴ de los Decretos 2728 de 1968¹⁵ y 1211 de 1990,¹⁶ respectivamente.

La sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, citada previamente, reiteró los criterios expuestos previamente.

- De las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que efectivamente el demandante para el año 2000 tenía la calidad de soldado voluntario (f. 16), lo cual le generó el derecho, según el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794, a que a su asignación de retiro se le sea aumentado el 60% del SMLMV, y no el 40% como lo ha venido haciendo la entidad demandada.

Esta Sala encuentra que, no se ha liquidado en debida forma la asignación de retiro del demandante, puesto que no se le ha incluido en su liquidación el aumento del 60% del salario del respectivo año, pues del desprendible de pago aportado al proceso se observa que en el año 2015, se le pagó como sueldo básico la suma de novecientos dos mil noventa pesos (\$902.090), que corresponde a 1 SMLMV de la fecha incrementado en un 40% (f. 16).

- Revisado el fallo de primera instancia el A-quo ordenó a CREMIL "a reconocer y pagar a favor del demandante, la diferencia en la asignación mensual que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 aplicando la fórmula $AR = (SM*70\%)+(PA*38.5\%)$, donde AR es Asignación de retiro, SM es el Salario mensual y PA es la Prima de antigüedad, en las partidas salariales y prestacionales, como asignación básica mensual, prima de antigüedad, prima de servicios anual, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, subsidio familiar, teniendo en cuenta que el salario mensual corresponda a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y pagar las **diferencias resultantes a partir del 26 de abril de 2012 y dado como ya se acotó**

¹³ "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

¹⁴ **Artículo 174. Prescripción.** Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹⁵ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹⁶ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

que percibe asignación de retiro, hasta el mes de agosto de 2015, dada la prescripción cuatrienal que gravita en este asunto de conformidad con lo expuesto en la parte motiva".

Tal como lo señala el actor, el A-quo reconoció el derecho al actor, pero solo en el tiempo que estuvo en servicio. No obstante, su solicitud va dirigida a la reliquidación de su asignación de retiro, y como derecho a ella, la Sala así lo reconocerá.

- Sobre el subsidio familiar como partida computable.

En anteriores oportunidades este Tribunal había reconocido el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, con apoyo en providencias del Consejo de Estado, entre otras las proferidas el 11 de diciembre de 2014 y 27 de octubre de 2016, en la que se señaló que el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 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.

No obstante, este tema también fue objeto de unificación por parte del Consejo de Estado, en providencia del 25 de abril de 2019 citada previamente, en la que señaló que las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En dicho fallo se concluyó que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: **1.** Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad. - **2.** Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3., y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

Luego, los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%¹⁷ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹⁸ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

¹⁷ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁸ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.



13-001-33-33-003-2016-00195-01

Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

En el presente caso, el demandante se le reconoció la asignación de retiro con posterioridad al mes de julio de 2014, por ello, tiene derecho a que se tenga en cuenta el subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro en un porcentaje del 30% tal como lo reconoció la entidad demandada. Por lo anterior, se le denegará dicha pretensión.

- Prescripción de las mesadas de la asignación de retiro.

El artículo 43 del Decreto 4433/04, establece que las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente Decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

En el presente asunto al actor se le reconoció asignación de retiro mediante la Resolución 4736 del 5 de junio de 2015 y la demanda fue presentada el 21 de septiembre de 2016 (f.2), lo que no da lugar a prescripción de las mesadas pensionales.

- Por último, no se accederá a la revocatoria de la condena en costas porque, tal como se expuso en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado fijó un criterio objetivo – valorativo para decidir la condena en costas procesales, sin tener en cuenta si se ha obrado de mala fe o con temeridad; criterio al que se tuvo el Juzgado al proferir el fallo de primera instancia.

8.7 Condena en costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma parcialmente favorable el recurso de apelación de las partes, la Sala se abstendrá de condenarlo en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Bolívar Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



13-001-33-33-003-2016-00195-01

FALLA:

PRIMERO: Modificar parcialmente la sentencia de primera instancia, la cual quedara así:

a. "DECLARAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios N° 0029373 de 4 de mayo de 2016, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengado por el señor JOSÉ LUIS RIVERA BARRAZA y N° 0041464 de 21 de junio de 2016 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra la decisión inicial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, la asignación de retiro del demandante deberá liquidarse en los siguientes términos:

- i) Con base en el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde la fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 5003 del 12 de octubre de 2011. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.
- ii) Con la inclusión únicamente de las partidas computables de que trata el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, asignación básica mensual incrementada en un 60%, prima de antigüedad y subsidio familiar en un 30%.
- iii) El 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se aplicará exclusivamente sobre el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año incrementado en un 60%.
- iv) La operación matemática que deberá realizar CREMIL para obtener la asignación de retiro del demandante es la siguiente:

[Asignación básica mensual incrementada en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004)] + 38.5% (prima de antigüedad) + 30% del subsidio familiar = Asignación de retiro.

b. Pagar la diferencia resultante entre lo reconocido y pagado efectivamente y el resultado de la nueva liquidación de la prestación que aquí se ordena.

- Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.

c. Sin lugar a prescripción de las mesadas pensionales.





13-001-33-33-003-2016-00195-01

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

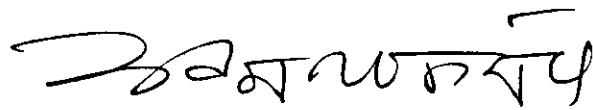
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

QUINTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PÉNUELA ARCE

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-003-2016-00195-01
Demandante:	José Luis Rivera Barraza
Demandado:	CREMIL
Tema:	Reliquidación de asignación de retiro.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras