

Cartagena de Indias D.T. y C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2017-00154-01
Demandante	ARCESIO PÁEZ CABRALES
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	Reajuste de asignación de retiro de soldado voluntario- Subsidio familiar Violación al derecho a la igualdad- Reliquidación de la prima de antigüedad conforme el artículo 166 del Decreto 4433 de 2004- Condenas en costas, criterio objetivo.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 17 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ARCESIO PÁEZ CABRALES, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 2-10 cdno 1

3.1.1. Pretensiones³.

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

1. *Que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. 0064404 del 27 de septiembre de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y No. 0080701 del 7 de diciembre de 2016, mediante la 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 demandada, 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:*
 - 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 de decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al 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 párrafo segundo del artículo 1º del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal mensual vigente incrementado 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, en cuantía muy inferior a la devengada por los demás miembros de las fuerzas militares tanto civiles como militares, y por los soldados profesionales a quienes se les viene*

³ Fol. 2 Cdno 1.

reconociendo el subsidio familiar como partida computable por orden judicial.

3. *Que se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento y hasta su inclusión en nómina de pagos.*
4. *Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.*
5. *Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.*
6. *Que se condene en costas a la entidad demandada"*

3.1.2. Hechos⁴.

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

Señala el demandante que, ingresó a la Armada Nacional el 15 de abril de 1994 como soldado regular, fue a partir del 17 de mayo de 1996 que adquirió la condición de soldado voluntario, por lo que para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba esta condición.

En condición de soldado voluntario la vinculación del demandante a la Armada Nacional estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Afirma que, por decisión de la entidad el demandante al igual que todos los demás soldados voluntarios pasaron a denominarse soldados profesionales, a partir del 1 de noviembre de 2003, vinculación que estuvo regulada por los Decretos 1793,1794 de 2000 y 4433 de 2004.

El demandante estuvo vinculado a la Armada Nacional hasta el 26 de enero de 2015, esto es durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de CREMIL, la cual fue reconocida mediante Resolución No. 2348 del 17 de marzo de 2015.

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política, art. 13, 25, 29, 53 y 58.

⁴ Fols. 2 reverso y 3 Cdo 1

- Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011: artículos 138 y 159 a 195 de ese régimen)
- Ley 4º de 1992: artículo 10.
- Decreto 1793 de 2000.
- Decreto 1794 de 2000.
- Decreto 4433 de 2004.

En síntesis, como concepto de la violación se aduce que se vulneran las normas citadas al momento de liquidar la asignación de retiro, al no haberse tenido en cuenta prestaciones tales como el subsidio familiar en el porcentaje correspondiente y al realizar desacertadamente el cálculo del monto de la asignación de retiro.

Considera que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004, como quiera que vulnera su derecho a la igualdad, por cuanto como soldado profesional le toman el subsidio familiar como base para efectuar la liquidación de la asignación de retiro en una cuantía inferior al resto de los miembros de las Fuerzas Militares, lo que evidencia un trato discriminatorio puesto que no media una justificación objetiva y razonable para esa diferenciación.

Indica que, el parágrafo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, dispuso que quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1986 devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; por ellos afirma que, así le debe ser reconocido al actor, puesto que en dicha fecha ostentaba esa condición.

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

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES⁵.

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

- **Excepciones:**

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

Legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL:

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

Falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 60%:

Esboza, que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ya que la reclamación del reajuste salarial en un 60% debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional, por ser la entidad que expide la hoja de servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Prescripción del derecho.

Explica que, si al actor le asistiera algún derecho de los que reclama, se debe declarar la prescripción del mismo dado que el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de mesadas en tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigible.

⁵ Fols. 49-54 Cdno 1.

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

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

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

Prima de antigüedad =38.5%

Asignación de retiro:

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

No configuración a la violación del derecho a la igualdad:

Aduce que, el principio de igualdad se predica entre iguales, por lo que en el presente caso no se vulnera el mismo, 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.

No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL o causal de nulidad.

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

Razones de la Defensa

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

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 17 de agosto de 2018, la Juez Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda.

Frente a la errónea interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 correspondiente a la liquidación del 70% en la asignación de retiro, el A-quo resolvió que, le asistía razón a la parte demandante, es decir que, el porcentaje de liquidación de 70% debía aplicarse únicamente sobre el sueldo básico, y lo que de ahí resultase, debía sumarle el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto se hiciera un descuento adicional.

Además, estableció que no se presenta el fenómeno de la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad con relación al reajuste de la asignación de retiro por el incremento del 20% de la asignación básica, bajo el argumento que, no es una reclamación dirigida a la reliquidación de la asignación básica y demás prestaciones que fueron devengadas por la parte actora en actividad, si no sobre la aplicación de las fórmulas para establecer el monto de dicha asignación. Por lo tanto, determinó que CREMIL debió tomar la asignación básica incrementada en un 60% para efectos de realizar la liquidación del monto de la asignación de retiro, puesto que encontró demostrado que el actor a fecha del 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba como soldado voluntario, conforme a lo prescrito en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. En relación a este punto, el A-quo expresó que, si bien CREMIL allegó una resolución que reconoce ese reajuste del 20%, no se arrió constancia de notificación de dicho acto, así como la de su pago, por lo que ordenó de forma subsidiaria que, de haberse cancelado este reajuste, en la liquidación que haya de efectuarse de descuenten las sumas de dinero ya pagadas.

En cuanto al subsidio familiar, indicó que debe inaplicarse el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, reconociendo el derecho de la parte actora a que su asignación de retiro sea reajustada incluyendo como partida computable para tales efectos el subsidio familiar en la misma cuantía devengada por el actor a la fecha de su retiro, esto es el 100% de dicha prestación, por encontrarse vulnerado el derecho a la igualdad frente a los demás integrantes de las Fuerzas Militares.

⁶ Fols. 126-139 Cdno 1.

Finalmente resolvió condenar en costas a CREMIL, en virtud del artículo 188 del CPACA, ordenando su liquidación por secretaría, conforme lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷.

Por medio de escrito del 28 de agosto de 2018, la parte demandada solicita se revoque parcialmente el fallo apelado, puesto que no se configura la causal de nulidad de falsa motivación, como quiera que, los actos administrativos están fundamentado en las normas vigentes sobre el tema. Frente a la reliquidación de la prima de antigüedad, manifiesta que del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se extrae que al demandante se le debe reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% de la suma que resulte del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad como lo ha venido reconociendo.

Explica que, para efectos del reconocimiento del subsidio familiar en la asignación de retiro aplicó el Decreto 1162 de 2014 que regula la materia, en el cual consagra expresamente que se adopta como partida computable en un porcentaje del 30%, para aquellos que en servicio activo estuvieran devengándolo, y en un 70% para los que nunca lo hubiesen percibido. Indica que el derecho a la igualdad, se predica entre iguales, en este caso su vulneración radicaría si se vulnerara las disposiciones contenidas para los soldados profesionales, que en este caso no resulta aplicable.

Por último, estima que debe revocarse lo concerniente a la condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no ha realizado actos dilatorios o encaminados a perturbar el proceso, por el contrario, considera que ha efectuado un buen ejercicio en la defensa jurídica de sus intereses.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 04 de octubre de 2018⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 13 de marzo de 2019⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019¹⁰.

⁷ Fols. 147-152 Cdno 1.

⁸ Fol. 2 Cdno 2

⁹ Fol. 4 Cdno 2

¹⁰ Fol. 8 Cdno 2.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹¹: Presentó escrito de alegatos el 13 de junio de 2019, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, reafirmando lo expuesto en el escrito de la demanda.

3.6.2. Parte demandada¹²: Presentó escrito de alegatos el 25 de junio de 2019, ratificando los argumentos expresados en el recurso de alzada.

3.6.3 Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

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

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

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

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

5.2. Problema jurídico

Atendiendo que, en la sentencia fueron concedidas las pretensiones de la demanda, la parte apelante solicita se revoque parcialmente ese fallo, en lo concerniente a la reliquidación de la asignación de retiro por aplicación errónea de la fórmula para calcular la asignación básica, la inclusión del subsidio familiar en un porcentaje mayor y la condena en costas en su contra.

¹¹ Fols. 11-18 cdno 2

¹² Fols. 19-24 cdno 2

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Le asiste derecho al actor a que se reliquide su asignación de retiro aplicando los porcentajes consagrados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, correspondientes al 70% de la asignación, más el 38.5% de la prima de antigüedad?

¿Hay lugar a la reliquidación de la asignación de retiro del demandante con la inclusión del subsidio familiar?

¿Resulta procedente la condena en costas que le fue impuesta en primera instancia a la entidad demandada?

5.3. Tesis de la Sala

En cuanto al primer problema jurídico, esta Sala adopta la tesis de la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 del 25 de abril de 2019, la cual determinó que en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar, se acoge la posición de la sentencia de unificación citada, por ello, no comparte esta Sala la decisión correspondiente a la inclusión en un mayor valor del subsidio familiar en la asignación de retiro, debido a que el actor ya se encuentra recibiendo como partida computable dicho concepto en el porcentaje al que tiene derecho. Por lo que, deberá revocarse el numeral 2.2., y modificar los numerales 2.3 y 4 de la parte resolutive, en el sentido de que, al no tener derecho a la partida en mención, no puede ordenarse el pago de diferencias.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, esta Sala confirmará la decisión adoptada por la misma, debido a que el Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo, estableció un régimen objetivo al regular la condena en costas, declarando que es en la sentencia donde se dispondrá la misma. Por otro lado, el at. 188 establece varias situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, todas 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, por lo tanto, no resulta valido que se revoque la mencionada condena.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Sala aplicará la sentencia de Unificación jurisprudencial **CE-SUJ2-015-19, proferida por el Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019¹³**, Sección Segunda, Subsección A, en la que se fijaron reglas jurisprudenciales sobre los siguientes temas: i.- El reajuste del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro; ii.- Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; iii.- La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; iv.- Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, v.- Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, vi) Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Las reglas son las siguientes:

1. Las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:
 - i.- Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.
 - ii.- Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben

¹³ Radicado interno: 1701-16.

realizarse los correspondientes aportes.

2. 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% para quienes al momento de su retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. **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.
3. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

Para analizar este tema, es necesario recordar que la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016**¹⁴. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

La Regla es la siguiente:

i.- La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

13-001-33-33-004-2017-00154-01

asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador;

ii.- Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

4. 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.
5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$.
6. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.
7. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.

En esta sentencia se recalcó sobre el subsidio familiar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004¹⁵, se modificó para incluir el subsidio familiar a liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigor de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,
- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009¹⁶, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida¹⁷.

Si bien, con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara. No hay un trato discriminatorio con respecto a quienes logren la asignación de retiro con antelación en virtud de los principios de progresividad de los derechos y libertad de configuración del legislador.

5.4.1. Condena en costas y el régimen objetivo previsto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Se entiende por costas *“la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, además de las expensas erogadas por la otra parte, /as agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que deben ser reintegradas”*¹⁸.

¹⁵ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

¹⁶ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁷ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

¹⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernón Fabio. Procedimiento Civil General. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009

Por lo tanto, las costas procesales, se traducen en una medida desventajosa, para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel, que resulta vencedor en las pretensiones, en torno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales no ha sido del todo pacífico, debido a la naturaleza propia de esta área del derecho, en específico de los individuos e intereses que se encuentran en riesgo.

Al respecto -la Corte Constitucional, en sentencia C-043 de 2004, realizó un, estudio completo del tema, al resolver la controversia suscitada con la aplicación del artículo 171 del Decreto 01 de 1984, antiguo Código Contencioso Administrativo y el régimen subjetivo, en materia de costas procesales.

En dicha decisión judicial, la Corte Constitucional, abarca la exequibilidad de la norma en comento, estableciendo los regímenes que han gobernado la tasación de las costas procesales, a lo largo de la historia legislativa del país, destacando un régimen subjetivo, derivado del comportamiento del vencido y un régimen objetivo, caracterizado por el solo hecho de ser vencido resaltando una variedad interpretativa en materia contenciosa administrativa, que dependía de la conducta desplegada por las partes y del tema abordado (nulidad, reparación, contractual, etc.)

No obstante, con el control constitucional abstracto efectuado al artículo 171 del C.C.A, en especial a su aparte que reza: "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes", se aclaró la discusión suscitada en torno al régimen de la condena en costas, que conforme a la norma señalada se erigía como subjetivo, soportando tal determinación en el poder configurativo del legislador

"La disposición contiene otra expresión, que es justamente la acusada, cuyo alcance es necesario precisar a efectos de examinar su constitucionalidad. Dice el artículo que el juez "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes", podrá condenar en costas a la vencida en el proceso. Esta expresión, a juicio de la Corte, es muy clara en cuanto introduce un factor subjetivo en la determinación de la responsabilidad de las partes por el reembolso de los costos judiciales y así lo ha reconocido también el Consejo de Estado (v. supra). En efecto, su lectura lleva a concluir que tal condena no se producirá necesariamente, sino que podrá darse o no dependiendo de si ha mediado o no una conducta reprochable en la parte vencida, durante el trámite del proceso. Sin embargo, nuevamente la remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan tal condena introduce nuevamente un factor de confusión, pues la propia jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que la condena en costas en el Código de Procedimiento Civil obedece un criterio objetivo.

Sin embargo, la Corte estima que acudiendo a los principios de interpretación legal puede fácilmente resolverse la aparente confusión. El artículo 171 del C.C.A. es una norma especial redactada ad hoc para regular lo relativo a la condena en costas dentro del proceso contencioso administrativo, de cuya lectura se deduce inequívocamente la voluntad legislativa de condicionar la condena en costas a la evaluación de la conducta procesal de las partes. Por ello, debe entenderse que esta disposición define un carácter subjetivo de la responsabilidad por el reembolso de dichas costas, es decir una responsabilidad que sólo opera cuando existe una conducta reprochable atribuible a la parte vencida. Por ser una disposición especial, prevalece sobre cualquier otra que regule el mismo asunto en otros asuntos.

Ahora bien, la remisión al C.P.C debe entenderse hecha para regular de acuerdo con sus normas aquellos aspectos relativos a la condena en costas no contemplados en el C.C.A, tales como la oportunidad para proferirla, las normas que se aplican para su liquidación, los recursos que proceden contra la providencia que la decreta y todos aquellos asuntos a que se refieren los artículos 392 y 393 del C.P.C. Así, su aplicación es de carácter supletivo, es decir, solo opera en ausencia de norma expresa en el C.C.A.

Por lo tanto, el numeral 1º del referido artículo 392 del C.P.C, que consagra la responsabilidad objetiva en materia de condena en costas cuando indica que "(s)e condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto", no resulta del todo aplicable a los procesos que se surten ante la jurisdicción administrativa, pues su redacción, no permite tener cuenta la conducta de las partes dentro del proceso a efectos de definir su responsabilidad por el pago de las costas, al paso que la norma especial del C. C.A obliga a valorar ese comportamiento procesal para esos mismos efectos.

En conclusión, la remisión al C.P.C que hace el artículo 171 ahora demandado no opera para efectos de definir una responsabilidad objetiva respecto de la condena en costas en el proceso contencioso administrativo, pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad.

(...)

La norma de rango constitucional que establece el fundamento a partir del cual el legislador debe regular la responsabilidad sustancial o material del Estado por los perjuicios que ocasione en ejercicio de sus funciones constitucionales o legales es el artículo 90 de la Constitución Política. La disposición superior que sienta las bases para la expedición de las normas instrumentales o procedimentales conforme a las cuales ha de declararse o hacerse efectiva esa responsabilidad sustancial es el artículo 29 de la Carta.

En desarrollo de este último artículo constitucional el legislador tiene una amplia libertad que le permite establecer las formas propias de cada juicio. En efecto, en reiteradísima jurisprudencia esta Corporación se ha referido a la libertad de

13-001-33-33-004-2017-00154-01

configuración que le asiste al legislador para definir los procesos judiciales. Así por ejemplo, en la Sentencia C-1104 de 2001 se hizo ver cómo conforme a lo dispuesto en los artículos 29, 150 y 228 de la Carta Política el legislador pueden regular libremente los procedimientos judiciales, siempre y cuando al hacerlo respete los principios y valores constitucionales y obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Facultades que le permiten, entre otros asuntos, establecer recursos y medios de defensa que procedan contra los actos que profieren las autoridades, fijar las etapas de los diferentes procesos y establecer los términos y las formalidades que se deben cumplir, radicar las competencias en una determinada autoridad judicial, regular lo concerniente a los medios de pruebas y "establecer dentro de los distintos trámites judiciales imperativos jurídicos de conducta consistentes en deberes, obligaciones y cargas procesales a las partes, al juez y aún a terceros intervinientes, ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos".

Esta facultad de definir qué obligaciones procesales corresponden a las partes le permite también al legislador definir si hay lugar al reembolso de costas. En efecto, dicho reembolso ha sido entendido por la doctrina procesal y también por la jurisprudencia como una de las obligaciones procesales.

Así pues, dada su libertad para regular las obligaciones procesales el legislador no está forzado a establecer la obligatoriedad de la condena en costas; de las normas superiores que definen los principios fundamentales del derecho procesal no se extrae esa conclusión, sino más bien la de la facultad del Congreso para regular el asunto. Así lo ha reconocido expresamente esta Corporación en la Sentencia C-037 de 1996, al estudiar oficiosamente la constitucionalidad del artículo 6º de la Ley 279 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, y en la Sentencia C-089 de 2002 en donde se dijo no en todos los procesos judiciales deben imperativamente liquidarse costas.

De lo que hasta aquí se ha dicho se concluye que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el reembolso de las costas es una obligación procesal de la parte vencida en un juicio, y que, consecuencia/mente, la responsabilidad correspondiente no es de tipo sustancial sino procesal. Su regulación, por tanto, cae bajo la libertad de configuración de los procedimientos judiciales reconocida con amplitud al legislador¹⁹.

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011 derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984 y en materia de costas procesales, en su artículo 188 estableció

"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".

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-043 de 2004. M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

13-001-33-33-004-2017-00154-01

Por consiguiente, del estudio de la norma, se observa la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual desde su verbo rector "dispondrá", que según su significado es "colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse²⁰", existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código de Procedimiento Civil²¹, el cual, no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo, propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas, cuando el asunto sea de interés público", aclarando que hoy la remisión debe entenderse al artículo 365 del CGP que contiene idéntica redacción frente al tema en estudio.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales²², la determinación de condenar en costas, bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente, bajo la nueva redacción normativa, consignada en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, siendo un imperativo para el juez, conforme el artículo 192 del C.P.A.C.A, en donde además, se debe liquidar, lo referente a las agencias de derecho, como parte integral del concepto reiterado.

Igualmente el Consejo de Estado, con sentencia²³ de reciente data, confirma la posición anterior, es decir, que las costas procesales proceden contra la parte vencida en el proceso, con independencia de la causas de la decisión desfavorables, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.

²⁰ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

²¹ Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: "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."

²² Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. P Dr. Mauricio González Cuervo.

²³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, 5 de abril de 2018 CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicación 76001233300020120043001 (21873).

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

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

- El Infante de Marina Profesional ^(Ra) ARCESIO PÁEZ CABRALES contó con un tiempo de servicio de 20 años, 7 meses y 23 días, vinculado la Armada Nacional (fol. 25).
- Mediante Resolución No. 2348 del 17 de marzo de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor ARCESIO PÁEZ CABRALES, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo, adicionado con un 38.5% de prima de antigüedad y 30% del subsidio familiar (Folio. 22-23 y 66-67).
- Conforme con la hoja de servicios No. 4-78748376, el actor devengó en su última nomina enero-2015 los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad y seguro de vida subsidiado. Siendo las partidas computables para pensión: el sueldo básico, prima de antigüedad y subsidio familiar (fol. 25 y 65).
- Por medio de petición del 9 de septiembre de 2016, el señor ARCESIO PÁEZ CABRALES, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, inciso 2 del artículo 1 y parágrafo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y la inclusión del subsidio familiar, entre otras (fols. 12-15 y 68-71).
- Con acto administrativo contenido en el oficio No. 0064404 del 27 de septiembre de 2016, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (Fols. 17-18 y 79-80).
- Recurso de reposición en subsidio apelación interpuesto por el señor Arcesio Páez Rodríguez el 19 de octubre de 2016, en contra del oficio No. 0064404 del 27 de septiembre de 2016 (fols. 19-20 y 81-82).

13-001-33-33-004-2017-00154-01

- Acto administrativo contenido en el oficio No. 0080701 del 7 de diciembre de 2016, mediante el cual la entidad resuelve los recursos interpuestos por el actor (fol. 21 y 82 reverso- 83).
- Certificado expedido por CREMIL, en el que figura las partidas y porcentajes en que fue liquidada la asignación de retiro del señor Mape Rodríguez para el año de 2016 (fol. 27).
- Mediante Resolución No. 11983 del 19 de abril de 2018, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del señor Arcesio Páez Cabrales (Fols. 96-98).

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

En el asunto sometido a estudio se demanda el Oficio. No. 0064404 del 27 de septiembre de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y el Oficio No. 0080701 del 7 de diciembre de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial.

5.5.2.1. Error al liquidar la asignación de retiro por indebida cálculo de la prima de antigüedad:

En el caso en concreto, se tiene que el señor ARCESIO PÁEZ CABRALES prestó sus servicios como Infante de Marina Profesional (Ra), por un tiempo de servicio de 20 años, 7 meses y 23 días (fol. 25), teniendo como última unidad de servicios el Grupo Aeronaval del Caribe.

Se encuentra probado mediante la hoja de servicios No. 4-78748378 que, el actor ingresó (fol. 25):

- Al servicio militar el 15 de abril de 1994 hasta el 24 de octubre de 1995.
- Como soldado voluntario el 17 de mayo de 1996 hasta el 13 de agosto de 2003.

- Como Infante Profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 26 de enero de 2015.

En virtud de lo anterior le fue reconocida asignación de retiro mediante la Resolución No. 2348 del 17 de marzo de 2015, ordenando el reconocimiento y pago de la misma a partir del 26 de abril de 2015, en cuantía de 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.21 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000), adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad y con el treinta por ciento (30%) del subsidio familiar.

Sin embargo, el juez de primera instancia consideró que la liquidación de la asignación de retiro se realizó contraria a derecho, puesto que el porcentaje de liquidación del 70%, se aplicó a la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, decisión que es objeto del recurso de apelación.

Frente a ello, esta Corporación estima, que de conformidad con la sentencia de unificación, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que solamente la asignación salarial se deberá tomar en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de la siguiente manera:

$(\text{salario básico} \times 70\%) + (\text{salario básico} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$

No obstante, esta Sala observa que en efecto la entidad al momento de realizar la liquidación, dedujo el porcentaje del 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad del 70% del salario básico, contrario a lo establecido por la norma, la cual determina que debe aplicarse del 100% del salario básico, disminuyendo el monto de la asignación de retiro que legalmente le corresponde al actor, tal y como se evidencia en el certificado expedido por la entidad de la anualidad de 2016, obrante a folio 27 cuaderno 1 del expediente.

Así pues, en la Resolución 2348 del 17 de marzo de 2015, se liquidó en indebida forma la asignación de retiro, al aplicar en forma errónea la fórmula señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la cual debía ser aplicada de la siguiente forma:

13-001-33-33-004-2017-00154-01

Sueldo Básico²⁴: ----- \$1.030.960
70% del sueldo básico: ----- \$ 721.672
Prima de Antigüedad (38.5%): -----\$ 396.919

$$=721.672 + 396.919= \underline{\underline{\$1.118.591}}$$

En consecuencia, la Sala resolverá positivamente el primer problema jurídico planteado, y confirmará la orden dada por el A-Quo respecto de reliquidación de la asignación de retiro del actor, aplicando debidamente los porcentajes consagrados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, como se explicó con procedencia.

5.5.2.2- Inclusión del subsidio familiar

De otro lado, en cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro objeto de impugnación, esta Sala acoge el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación **CE-SUJ2-015-19, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019**, el cual establece que “*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% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida*”.

Así las cosas, se encuentra probado en el expediente, que al actor se le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 2348 del 17 de marzo de 2015 con efectividad a partir del 25 de abril de 2015, incluyéndose en la misma el 30% correspondiente al subsidio familiar que devengaba en servicio activo conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1162 del 2014. (fols. 22-23 y 66-67).

Por otro lado, se avizora en la hoja de servicios No. 4-78748376 que el señor Páez

²⁴ Dado que el fallo de primera instancia ordenó que el salario mínimo mensual vigente fuera incrementado en un 20% para obtener un total del 60% (temática que no fue objeto de recurso) y dicha operación arroja como resultado la suma de **\$1.030.960 para el año de 2015** (año en el que adquirió el derecho a la asignación de retiro), este último será el valor por concepto de salario básico a tener en cuenta para la liquidación de la prima de antigüedad.

Cabrales, percibió en su última nómina correspondiente a enero de 2015, subsidio familiar en un porcentaje del 4% (fol. 25), por lo que, conforme a la sentencia de unificación, para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²⁵ se les reconocerá en el porcentaje del 30% y, en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida, para el caso concreto, resulta aplicable la primera situación, toda vez que el demandante ya percibía dicha prestación; por lo que no habría lugar a ordenar su reconocimiento en un porcentaje mayor al reconocido.

Por lo anterior, esta Sala revocará los numerales 1 y 2.2 de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, por cuanto si le resulta aplicable al demandante el Decreto 1162 de 2014; con relación al reconocimiento del subsidio familiar, toda vez que al momento de su retiro ya se encontraba recibiendo como partida computable el mismo en la forma prevista en la norma.

Por último, se modificará el numeral 2.3 y 4 de la sentencia, en cuanto ordenan a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las diferencias de lo reconocido en el punto 2.2, el cual como ya se dijo será revocado; y realizar las deducciones correspondiente para el servicio médico asistencial que ya viene siendo descontada por este concepto en el porcentaje reconocido, respectivamente.

5.5.2.3 Condena en costas

Tal como se dejó sentado en el marco normativo, las costas procesales proceden contra la parte vencida en el proceso, con independencia de la causas de la decisión desfavorables, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.

Al respecto, es pertinente mencionar que, si bien es cierto que el Tribunal excepcionalmente y en aplicación de criterios de equidad, ha adoptado la posición de no condenar en costas a la parte vencida cuando los supuestos jurisprudenciales en los cuales fundamentó su pretensión, al presentar la demanda variaron hasta la fecha en la cual se profirió la sentencia, toda vez

²⁵ **Artículo 11. Subsidio familiar.** A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

13-001-33-33-004-2017-00154-01

que los demandantes actuaron con el pleno convencimiento de que les asistía el derecho reclamado; en el presente caso, no ocurre lo mismo, toda vez que la indebida aplicación de una norma por la entidad demandada, no configura la excepción a imponer costas dentro de un proceso.

En ese orden de ideas, es evidente que CREMIL fue vencido en la litis dentro de la primera instancia, por lo que es totalmente procedente que se le condene en costas dentro de esa instancia. Por ende, esta Sala considera que este punto se mantendrá incólume.

En consecuencia, de todo lo aquí expuesto, la respuesta a los interrogantes planteados en el problema jurídico son parcialmente positivos, teniendo en cuenta que quedó demostrado que el actor tiene derecho a que se le reajuste la asignación de retiro en un porcentaje del 70% de la asignación salarial adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Sin embargo, se modificará el numeral 1 de la parte resolutive, determinando que la nulidad de los actos demandados será parcial y no total, debido a que se mantendrá incólume la negativa de la entidad en cuanto reliquidación del subsidio familiar en un porcentaje mayor al reconocido.

Empero, en cuanto a la inclusión del subsidio familiar en un mayor porcentaje en la asignación de retiro, este Tribunal no comparte esta decisión, debido a que el actor ya se encuentra recibiendo como partida computable dicho concepto en el valor a que tiene derecho, esto es, en un porcentaje del 30%.

Consecuencialmente se deberá modificar las ordenes que de estas decisiones se desprenden, numeral 2.2. y 4 de la parte resolutive.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas se mantienen las impuestas en la primera instancia.

5.6. De la condena en costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará

13-001-33-33-004-2017-00154-01

en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala no podría imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia, y teniendo en cuenta que el recurso le fue resuelto favorable a ambas partes.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR el inciso **1 del numeral 1 y 2.2** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, por lo aquí expuesto.

SEGUNDO: MODIFICAR el inciso 2 del numeral 1 y los numerales 2.3 y 4 de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia los cuales quedarán así:

*“**Primero: DECLARAR la nulidad parcial** de los oficios Nos. 0064404 del 27 de septiembre de 2016 y No. 0080701 del 07 de diciembre de 2016, en cuanto niegan el incremento del 60% del salario mínimo legal mensual vigente, y la reliquidación en un porcentaje del 70% adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, y se dejará incólume la tendiente a negar la reliquidación del subsidio familiar en un porcentaje mayor al reconocido.*

2.3 RECONOCER Y PAGAR al señor **ARCESIO PÁEZ CABRALES**, las diferencias que resulten en su favor entre la asignación de retiro que venía disfrutando y la reliquidación ordenada en el numeral 2.1 de la presente sentencia, a partir del veintiséis (26) d de abril de dos mil quince (2015).

CUARTO: La entidad demandada deberá efectuar la deducción correspondiente a las diferencias que provoca la inclusión del mayor valor por el incremento de su asignación mensual base para la

13-001-33-33-004-2017-00154-01

asignación de retiro, destinado al servicio médico asistencial y al sostenimiento de la caja demandada, en forma indexada.

Igualmente, ordénese a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que en el evento de que haya efectuado pagos al actor por el incremento del 20% de que trata la Resolución 11938 del 19 de abril de 2018, expedida por la caja demanda, se descuenten dichas sumas de la reliquidación ordenada"

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

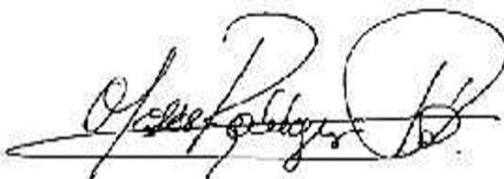
CUARTO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a las partes en litigio, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.047 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARIA GUERRA PICÓN