

Rad. 13001-33-33-014-2017-00137-01

Cartagena de Indias D. T. y C., viernes (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2017-00137-01
Demandante	JAVIER RODOLFO DE LAS SALAS BELTRAN
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
TEMA	RELIQUIDACIÓN DE SUBSIDIO FAMILIAR EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES¹

PRIMERO: Se declare la nulidad del Oficio No. 2017-1137 del 24 de enero de 2017, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL, mediante el cual se negó el reajuste del porcentaje de la partida correspondiente al subsidio familiar.

¹ Fl. 2-3.

SEGUNDO: Como restablecimiento del derecho que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL, reajustar el porcentaje de la partida de subsidio familiar que se le está computando en la asignación de retiro del 18.5% al 62.5% de la asignación básica.

TERCERO: Se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro.

CUARTO: Se ordene el pago de intereses moratorio, se disponga el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011. También solicita condena en costas a la parte demandada.

3.1.2. HECHOS²

Señaló el señor Javier Rodolfo de las Salas Terán que prestó servicios por más de 20 años en el Ejército Nacional.

Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció una asignación de retiro, mediante la Resolución 1771 del 20 de febrero de 2015.

En la liquidación de la asignación de retiro, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, se le computó la partida de subsidio familiar en un porcentaje de 18,75% de la asignación básica, correspondiendo a un 30% de lo que tenía reconocido al momento del retiro que era 62,5% de la asignación.

Presentó petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar. La entidad, dio respuesta a la solicitud mediante Oficio No. 2017-1737 del 24 de enero de 2017, mediante el cual negó dicho incremento.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La demandante señaló como violadas las siguientes disposiciones :

² Fl. 3.

Rad. 13001-33-33-014-2017-00137-01

Artículos 1, 4, 13, 42 y 53 de la Constitución Política.

Artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004.

Artículos 2,5 y 13.1.7 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Con la negativa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de reajustar el porcentaje de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro al 62.5% que percibía por ese concepto cuando estaba activo en el servicio, vulnera los principios constitucionales y legales, como el de favorabilidad, la igualdad, equidad, la protección especial a la familia y la primacía de la Constitución.

Determinó que en el presente caso se debía aplicar la norma más favorable al trabajador, lo cual correspondía a lo establecido en el Decreto 4433 de 2004.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL³

Se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que carece de fundamento legal lo solicitado por el demandante.

En cuanto a los hechos, aceptó todo lo relacionado con la actividad del accionante, el reconocimiento de la asignación de retiro y la actuación administrativa que inició solicitando el reajuste de la pensión.

Como excepciones propuso, lo siguiente: i) inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste de los porcentajes de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, ii) legalidad de las actuaciones efectuadas, iii) no configuración de la falsa motivación, iv) no configuración de causal de nulidad, v) ausencia de vulneración del derecho a la igualdad.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

La A-quo negó las pretensiones de la demanda, al considerar que al demandante no le asistía el derecho al reajuste del porcentaje reconocido por concepto de subsidio familiar, toda vez que, la partida se reconoció en

³ FL. 43-47.

⁴ FL. 90-95.

Rad. 13001-33-33-014-2017-00137-01

la asignación de retiro conforme lo dispone la norma vigente al momento de reconocer el derecho.

Consideró que no resultaba viable aplicar la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 1162 de 2014 y en tal sentido aplicar lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 artículo 13 numeral 13.1.7, porque esta última norma tiene como destinatarios los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y no los soldados, quienes tienen una disposición expresa que no contempla esa posibilidad.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁵.

Indicó que el juez, al negar la reliquidación, incurrió en un error al no aplicar la excepción de inconstitucionalidad, frente al artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, por cuanto les da un tratamiento desigual a los soldados frente a los demás miembros de las Fuerzas Militares.

Si bien es cierto el legislador tiene libertad para la configuración de regímenes especiales, creando prestaciones acordes con el grado, antigüedad, especialidad, responsabilidad y cargo que se ocupe, también lo es que, en este caso, se está ante una prestación que no guarda relación con ningún aspecto de la actividad laboral, sino que está dada para la protección constitucional de la familia.

Indicó que la disminución del porcentaje correspondiente a esta partida, impacta sustancialmente en el mínimo vital necesario para el sostenimiento de la familia.

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 25 de junio de 2019 (fl. 140). Sin embargo, mediante auto del 27 de febrero de 2020, se precisó que la Juez de primera instancia no estableció el efecto del recurso, por lo que se indicó que el mismo se surte en el efecto suspensivo (fl. 151). En esa misma providencia- previa ejecutoria de la decisión relacionada con la admisión del recurso-, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto de fondo.

⁵ Fl. 100-110.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA.

Únicamente presentó alegatos de conclusión la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando se confirme el fallo de primera instancia (fl. 147-149).

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de esta primera instancia, se ejerció control de legalidad de estas. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso, o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

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.

2. CUESTIÓN PREVIA

Conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del

Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

En el presente caso, no se seguirá el turno correspondiente de sentencia, en atención a la naturaleza del proceso dado que existe una sentencia de unificación que precisó reglas sobre la materia objeto de litigio.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo anterior, la Sala pasa a formular los siguientes problemas jurídicos principales y asociados.

¿Se debe confirmar, revocar y/o modificar la sentencia recurrida?

Para resolverlo, se dilucidará el siguiente problema jurídico asociado:

¿Procede la reliquidación de la asignación de retiro del demandante con la inclusión del subsidio familiar, en aplicación del principio de igualdad, de la misma manera a como se le reconoce a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares?

4. TESIS

Conforme la sentencia de unificación que profirió el Consejo de Estado, se debe confirmar la sentencia de primera instancia, porque al retirarse el demandante con posterioridad a julio de 2014, se le debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, es decir, el 30%

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Sala aplicará la sentencia de Unificación jurisprudencial **CE-SUJ2-015-19, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019⁶**, 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

⁶ Radicado Interno 1701-16.

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.

En lo atinente al subsidio familiar, se estableció la siguiente regla:

“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. “

5.6. CASO CONCRETO

5.6.1. Hechos probados

5.6.1.1. El señor Javier Rodolfo de las Salas Terán prestó sus servicios profesionales como Infante de Marina en el Ejército Nacional durante 21 años, 2 meses y 20 días (fl. 28-30)

5.6.1.2 La asignación se retiro se le reconoció mediante la Resolución 1771 del 20 de febrero de 2015, en cuantía del 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Decreto 1794 de 2000, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad conforme el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014 (fl. 28-30).

5.6.1.3 En la última nómina antes de enero de 2015, el demandante recibió un sueldo básico por valor de \$902.090, subsidio familia (4) por valor de \$563.806,25, prima de antigüedad (58.50) por valor de \$527.722,65, seguro de vida por valor de \$11.312 y bonificación orden público por valor de \$225.522,50 (reverso folio 57).

5.6.1.4 El demandante inconforme con la forma como le fue liquidada la asignación de retiro, presentó petición solicitando el aumento del porcentaje reconocido en la partida de subsidio familiar (fl. 23-24).

5.6.1.5 En respuesta a la petición la demandada profirió el Oficio 2017-1737 del 24 de enero de 2017, mediante la cual negó la solicitud de reajuste (fl. 25).

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Para resolver el recurso, se aplicará subregla jurisprudencial fijada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación **CE-SUJ2-015-19 del 25 de abril de 2019⁷**, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales⁸.

Se precisa que en esta instancia procesal la parte demandante solicita que el aumento del porcentaje reconocido en la partida de subsidio familiar, por cuanto, a su entender, no se le debió aplicar lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, sino que se le debió dejar el porcentaje que percibía en servicio activo.

Conforme lo decidido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación, el demandante no tendría derecho a el aumento solicitado, porque su retiro se produjo con posterioridad a julio de 2014, lo que implica que se le debía aplicar el artículo 1º del Decreto 1162, que establece un 30% del valor que venían recibiendo en servicio activo por ese concepto, tal como se reconoció en la Resolución 1771 del 20 de febrero de 2015.

⁷ Radicado interno: 1701-16.

⁸ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: "[...] sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna *fuerza vinculante*; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones [...]"

Por esta razón, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

5.7. Costas en segunda instancia.

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"*.

Con base en la integración normativa que dispone el citado artículo 188 del CPACA, es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, cuya disposición dispone en el numeral 1º que 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.

En este caso, como resultó vencida la parte demandante, se condenará en costas de segunda instancia.

No se aplica lo dispuesto en el inciso segundo, adicionado por la Ley 2080 de 2021, porque en el caso bajo estudio, resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de interposición del recurso de apelación, se establece que, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del CGP, "las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011". Como en el presente asunto el recurso de apelación se interpuso el 1º de febrero de 2020, le serán aplicables "las leyes vigentes" cuando se interpusieron los recursos, es decir, las disposiciones del CPACA y el CGP, sin las reformas introducidas por la Ley 2080 de 2021.

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

VI.- FALLA

Rad. 13001-33-33-014-2017-00137-01

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante. Estas serán liquidadas de manera concentrada por el juez de primera instancia conforme lo dispone el artículo 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2017-00137-01
Demandante	JAVIER RODOLFO DE LAS SALAS BELTRAN
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN