



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**SALA DE DECISIÓN No. 5**  
**MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Tunja, 27 SEP 2017

<b>Demandante</b>	Rafael Gómez Ruíz
<b>Demandado</b>	Caja de Retiro de la Fuerzas Militares- CREMIL
<b>Expediente</b>	150013333007201500082-01
<b>Medio de control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
<b>Tema</b>	Confirma parcialmente sentencia de primera instancia – accedió pretensiones – reliquidación asignación de retiro

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la demandada (Fls.188 a 191), en contra la sentencia del 15 de diciembre de 2016, proferida en desarrollo de la audiencia inicial por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda (fls.173 a 184).

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA (fls.).

El señor Rafael Gómez Ruíz a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad del Acto Administrativo No. 2014-29805 del 13 de mayo de 2014, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.

A título de restablecimiento solicitó la liquidación de la asignación de retiro tomando como base de liquidación, la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, esto es, el salario mínimo incrementado en un 60%.

Así mismo que se condene a la demandada a liquidar la asignación de retiro del actor de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, esto es, con el 70% de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad.

De igual manera, que se reajuste la asignación de retiro año por año a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada; así mismo que las diferencias sean indexadas



*Demandante: Rafael Gómez Ruíz*  
*Demandado: CREMIL*  
*Expediente: 150013333007201500082-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A y se ordene el pago de los intereses moratorios según lo señalado en los artículos 192 y 195 ibídem.

Finalmente se condene en costas a la entidad demandada.

### **1.1 Hechos**

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

La entidad demandada reconoció la asignación de retiro al demandante, por el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, a través de la Resolución No. 3130 de 19 de noviembre de 2007.

Señaló que la asignación de retiro viene siendo liquidada con base en el salario mínimo incrementado en un 40%; adicionalmente la entidad demandada viene liquidando la asignación básica del demandante en forma equivocada, al aplicarle el 70% a la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad.

Adujo que con fecha 30 de abril de 2014 presentó petición a fin de obtener la liquidación de su asignación de retiro tomando como base la liquidación establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, la cual fue resuelta negativamente mediante acto administrativo No. 2014-30950 de 15 de mayo de 2014.

De igual forma indica el demandante que con fecha 5 de mayo de 2014, solicitó la reliquidación de la asignación de retiro conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es el 70% de la asignación básica adicionado en el 38.5% de la prima de antigüedad, petición que fue negada a través del acto administrativo No. 2014-29805 de 13 de mayo de 2014.

### **1.2. Normas violadas**

Invocó como normas violadas las previstas en las siguientes disposiciones: el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 4 de 1992, Decretos 1793, 1794 de 2000, Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004.

## **2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
 Demandado: CREMIL  
 Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Dentro del término procesal correspondiente, el apoderado de la entidad demandada, presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual expone lo siguiente (fls. 55 a 58):

Señaló que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se realizó conforme a las disposiciones del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta lo dispuesto en la hoja de servicios militares, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990.

Propuso como excepciones las siguientes:

*i) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes:* Aseveró que la entidad demandada es la encargada de reconocer y pagar la asignación de retiro con sujeción a la normatividad aplicable, particularmente el Decreto 4433 de 2004.

*ii) No configuración de violación al derecho a la igualdad:* Indicó que en el presente caso no hay violación del derecho a la igualdad por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para el reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004; en tal sentido si el demandante presenta algún tipo de inconformidad frente a las normas que le sirvieron de fundamento para el reconocimiento de la asignación de retiro, debe demandar las mismas.

*iii) Inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste solicitado 40-60%:* Adujo que en la hoja de servicios del demandante, se encuentran las partidas computables prestacionales unitarias, donde se enuncian el sueldo básico y la prima de antigüedad, sueldo básico que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se incrementa en un 40%.

*iv) Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro:* Señaló que de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro equivale al 70%, que se compone del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

### **3.- SENTENCIA APELADA**

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja, mediante sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016, proferida en audiencia inicial, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda, por los motivos que pasan a exponerse.



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
Demandado: CREMIL  
Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Señaló que de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario se evidencia que el demandante al 31 de diciembre de 2000 estaba vinculado como soldado voluntario bajo el régimen de la Ley 131 de 1985 y en tal sentido había adquirido el derecho a percibir como asignación básica el equivalente a 1 salario mínimo incrementado en un 60%, una vez fuera incorporado como soldado profesional.

En tal sentido, CREMIL está en la obligación de liquidar la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta la asignación básica en un (1) salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%.

Ahora bien en cuanto al porcentaje de la prima de actividad precisó que en el presente caso la entidad demandada viene aplicando erróneamente la fórmula matemática para determinar la liquidación de la asignación de retiro del demandante, razón por la cual ordenó su reliquidación en los términos establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, tomando como porcentaje el 70% del salario mensual y adicionando el 38.5% de la prima de antigüedad.

Respecto de la prescripción de las mesadas, de oficio la declaró parcialmente probada, toda vez que la asignación de retiro fue reconocida desde el 30 de noviembre de 2007, en tanto la solicitud de reajuste de la asignación de retiro fue presentada el 30 de abril de 2014, por lo que las mesadas causadas con anterioridad al 30 de abril de 2010 se encuentran prescritas.

#### **4.- RECURSO DE APELACIÓN**

Mediante escrito de 16 de diciembre de 2016 (FIs 188 a 191), el apoderado de la entidad demandada presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por la *a quo*, para lo cual argumentó lo siguiente:

Señaló que de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se puede establecer que se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico incrementado en un 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando la entidad y a acorde a la sentencia del 20 de septiembre de 2013 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Adicionalmente solicita se revoque la decisión de primera instancia en cuanto a la condena en costas.

Por lo anterior solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
 Demandado: CREMIL  
 Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

## **5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

### **5.1 Parte demandante (Fls.218 a 227).**

El apoderado de la parte demandante dentro del término procesal correspondiente presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme en su totalidad la sentencia recurrida, reiterando para ello, los fundamentos expuestos en la demanda y anexando jurisprudencia del Consejo de Estado que respaldan su dicho.

### **5.2 Parte demandada**

La parte demandada guardó silencio.

### **5.3 El Ministerio Público (Fls 263 a 267)**

El Delegado del Ministerio Público allegó concepto, en el cual solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que, considera que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece claramente la fórmula matemática para liquidar la asignación de retiro para los soldados profesionales, esto es, el 70% del salario mensual previsto en el numeral 13.2.1, más un 38.5% de la prima de antigüedad.

Para el caso concreto manifiesta que, la forma como se liquidó la asignación de retiro del actor se aleja de la correcta interpretación de la norma, razón por la que considera que al actor se le debe reliquidar la asignación de retiro conforme lo prevé el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, corresponde a la Sala establecer si es procedente el reajuste de la asignación de retiro del demandante, por haberse interpretado erróneamente el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como lo manifiesta la *a quo*, o si por el contrario, la liquidación efectuada por la entidad demandada se adecua a lo previsto en dicha norma.

De igual forma se deberá determinar si había lugar a la condena en costas en primera instancia en contra de la entidad demandada.



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
Demandado: CREMIL  
Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Ha de precisar la Sala que serán éstos los únicos puntos respecto de los cual se hará pronunciamiento en la presente providencia, ello de acuerdo al recurso de apelación interpuesto, en donde nada se discutió respecto a la reliquidación de la asignación de retiro tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% ordenada por la *a quo*.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

**a) Tesis argumentativa propuesta por la *a quo***

Su decisión se encaminó a acceder a las pretensiones de la demanda por cuanto de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario se evidencia que el demandante al 31 de diciembre de 2000 estaba vinculado como soldado voluntario bajo el régimen de la Ley 131 de 1985 y en tal sentido había adquirido el derecho a percibir como asignación básica el equivalente a 1 salario mínimo incrementado en un 60%, una vez fuera incorporado como soldado profesional, razón por la cual CREMIL está en la obligación de liquidar la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta la asignación básica en un (1) salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%.

De igual forma indica que para determinar el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales se debe tomar el salario básico mensual al cual se le debe sacar el 70% y a este resultado se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad.

Concluyó que de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, la entidad demandada no realizó una correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, razón por la cual ordenó a la entidad accionada a realizar el ajuste de la asignación de retiro del actor, de conformidad con lo señalado anteriormente.

**b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante**

Su inconformidad radica en que la entidad ha venido aplicando correctamente la fórmula señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, sumando el sueldo básico más el 38.5% de la prima de antigüedad, a lo cual se le saca el 70%.

**c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala**



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
 Demandado: CREMIL  
 Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en la medida en que ciertamente, resulta procedente la reliquidación de la asignación de retiro de la que es beneficiario el demandante, por haber sido soldado profesional, a fin de que realice el cálculo, conforme a la clara interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como lo señaló, la *a quo*.

Sin embargo revocará el numeral octavo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia por cuanto no había lugar a condenar en costas a la entidad demandada debido a la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

Para resolver el problema jurídico planteado, se hace indispensable el análisis sistemático de los siguientes temas: *i)* Cuestión previa-límite del recurso de apelación interpuesto *ii)* Normatividad aplicable a la asignación de retiro de la Fuerza Pública – Ejército Nacional y la forma en que debe efectuarse la liquidación; *iii)* Prescripción y *iv)* El caso concreto.

## **2. CUESTIÓN PREVIA- LÍMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO**

Al respecto ha de indicar la Sala que el apoderado de la parte demandada únicamente presentó argumentos en contra de la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la orden de reliquidación de la asignación de retiro del demandante aplicando lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, tomando como base el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, recurso en donde nada se discutió respecto a la orden de reliquidación de la asignación de retiro tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60%, razón por la cual no es dable en ésta instancia realizar pronunciamiento alguno respecto a éste último punto.

En efecto, el artículo 328 del GGP respecto a la competencia del superior en tratándose del recurso de apelación, establece lo siguiente:

***“Artículo 328.- El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley (...).”*** (Destacado por la Sala)

Respecto a la carga procesal que tiene la parte apelante de manifestar los motivos de inconformidad frente a la decisión de primera instancia, la



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
Demandado: CREMIL  
Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

jurisprudencia del Consejo de Estado, particularmente en providencia de 4 de marzo de 2010<sup>1</sup>, expresó lo siguiente:

*“(...) Según el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, la finalidad del recurso de apelación es que la providencia de primer grado sea revisada por el superior jerárquico del funcionario judicial que la profirió, para que en análisis de su legalidad la confirme, revoque o modifique.*

*De ahí la necesidad de que el recurso de apelación se sustente. **La sustentación es la oportunidad o el medio para que la recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la decisión, pero en los aspectos que fundamentaron su posición, como demandante o como demandada, en el debate judicial, y sobre los cuales el a quo se pronunció de manera adversa o simplemente no se pronunció. El marco conformado por la sentencia y el recurso de apelación es el parámetro que limita la decisión judicial de segunda instancia.***

*Como lo señaló la jurisprudencia citada, **el superior no tiene la libertad de suponer otros motivos que a su juicio debieron ser invocados en contra de la decisión.** De acuerdo con lo anterior, es evidente que el demandante no controvertió ninguno de los argumentos que motivaron la decisión de primera instancia (...). (Destacado por la Sala)*

Ahora bien respecto a la finalidad del recurso de apelación, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha indicado lo siguiente:

*“(...) La institución procesal de la impugnación es un instrumento por medio del cual las partes solicitan al superior jerárquico que realice un nuevo examen del acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente, por contener vicios o errores. De acuerdo con la norma en cita, a través del recurso de apelación, una de las partes o ambas, solicitan al superior que examine la decisión dictada en un proceso, expresando sus inconformidades, con la finalidad de que éste analice la decisión de primer grado, y de ser procedente, la modifique o la revoque. El recurso de apelación es el medio o acción que se concede a la persona agraviada o condenada por una resolución judicial, para que acuda a otro tribunal superior, sometiéndole el conocimiento de la cuestión resuelta; **exige que se expliquen las razones de inconformidad, para establecer si las pruebas y el soporte jurídico han sido correctamente estimados. Esta Sección ha precisado que “la labor de la segunda instancia consiste en verificar, sobre la base de la decisión impugnada, el acierto o el error del a-quo en el juicio realizado, circunscribiéndose a dicho aspecto la competencia. En ese sentido, el apelante debe exponer***

<sup>1</sup> C.E. SECCIÓN CUARTA, C.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, 4 de marzo de 2010, Radicación número: 25000-23-27-000-1999-00875-01(15328).



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
 Demandado: CREMIL  
 Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

**los argumentos soporte para modificar total o parcialmente la decisión de primera instancia y que, a la vez, sirven de marco para cumplir con la función, que no es oficiosa de decidir la impugnación (...)**<sup>2</sup>. (Destacado por la Sala)

Finalmente en sentencia de 07 de abril de 2016<sup>3</sup>, el Consejo de Estado reiteró su line jurisprudencial respecto a la necesidad de expresar los motivos que sustentan el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, aduciendo lo siguiente:

*"(...) En ese sentido, la Jurisprudencia Contencioso Administrativa ha sido reiterativa en recalcar que en la sustentación de la apelación frente a la providencia de primer grado, **al impugnante o recurrente le asiste el deber o carga procesal de señalar las discrepancias que tiene frente a la sentencia que ataca por la vía del recurso de alzada, pues dichas objeciones son las que realmente deben ser analizadas y resueltas en la providencia de segunda instancia.***

*Así las cosas, debe recordarse que la sustentación del recurso de apelación es el medio procesal previsto por el art. 212 del C.C.A. (reformado por el art. 67 de la Ley 1395 de 2010) para que el recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la sentencia. En efecto, la sustentación del recurso delimita el pronunciamiento de la segunda instancia, tal y como lo dispone el art. 357 del C de P.C., actualmente 328 del CGP, aplicable por remisión expresa del art. 267 del C.C.A. Es así como **las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación demarcan la competencia funcional del juez de segunda instancia. Por lo cual, si no existen dichas razones o motivos de discrepancia con la sentencia dictada, el recurso carece de objeto, máxime en el caso en estudio, al apreciarse que los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación resultan incongruentes no solo frente a la sentencia proferida por el A quo, sino también respecto de las pretensiones de la demanda (...)**". (Destacado por la Sala)*

De acuerdo con lo antes visto, resulta necesario que la parte que ha presentado apelación en contra de una sentencia de primera instancia sustente en forma adecuada el mismo, indicando de forma concreta los motivos de inconformidad respecto del fallo objeto del recurso, en tanto los mismos determinan la competencia del superior frente al asunto puesto a su consideración.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, C. P. Carmen Teres a Ortiz de Rodríguez, trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), radicación número: 25000-23-27-000-2006-00825-01(17343).

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. Bogotá, D.C., siete (07) de abril de dos mil dieciséis (2016). SE 026. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00376-01(0529-15).



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
Demandado: CREMIL  
Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera la parte demandante no controvertió en absoluto la reliquidación de la asignación de retiro del demandante tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60%, ordenada por la *a quo*, en tanto no expresó argumento ni motivación alguna al respecto, fuerza concluir que al no encontrarse motivo de inconformidad en contra del fallo de primera instancia en éste aspecto, debe declararse incólume la parte de la sentencia que accedió a dicho reconocimiento, pues no es posible analizar ni los argumentos, ni las decisiones en ella adoptadas.

### **3. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL PERSONAL DE LA FUERZA PÚBLICA – EJÉRCITO NACIONAL- Y SU LIQUIDACIÓN CUANDO SE TRATA DE SOLDADOS PROFESIONALES RETIRADOS.**

Con la expedición de la Constitución de 1991, se asignó al legislador la tarea de regular el régimen pensional de la Fuerza Pública y, en cumplimiento de este deber Constitucional, se promulgó la **Ley 4ª de 1992**, mediante la cual el Congreso de la República, señaló las normas, objetivos y criterios que se debían observar 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.

En esas condiciones, el congreso de la República, expidió la **Ley Marco 923 de 2004**, por medio de la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional, para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

La ley en comento, fue reglamentada a través del **Decreto 4433 del mismo año**, normativa que, estableció, en su artículo 16, la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, 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.”* (Destaca la Sala).



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
Demandado: CREMIL  
Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Respecto de la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado<sup>4</sup> en reciente decisión de tutela señaló:

*“(...) Mediante el ejercicio de la presente acción el señor Jairo Mendoza Mendoza pretende que se deje sin valor ni efectos jurídicos la providencia judicial del 12 de febrero de 2016, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que revocó el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado 28 Administrativo Oral de Bogotá y, en su lugar, negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento que interpuso contra CREMIL.*

*A juicio del demandante, la providencia atacada incurrió en defecto sustantivo **por indebida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado.***

*Para efecto de resolver la presente controversia, estima la Sala pertinente referirse a la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 29 de abril de 2015<sup>5</sup>, en la que se analizó una situación con idénticos supuestos de hecho y de derecho y se determinó que el tribunal había incurrido en defecto sustantivo. Veamos:*

*“4.3. Defecto sustantivo, por **indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, porque afecta doblemente la prima de antigüedad.** El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos: “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.” (Subrayas y resaltado ajenas al artículo).*

*(...) 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,***

<sup>4</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, C.P.: Martha Teresa Briceño De Valencia, Sentencia de Tutela del 11 de mayo de 2016. Rad.: 11001-03-15-000-2016-00822-00.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15- 000-2015-00801-00)



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
Demandado: CREMIL  
Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

*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. Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación<sup>5</sup>. Como queda demostrado que el Tribunal en su decisión incurre en violación directa de la Constitución, y en defecto sustantivo por indebida aplicación e interpretación de regla legal, esta Sala concederá el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados. (...)*

*De acuerdo con lo anterior, la Sala estima que no existe duda sobre la indebida interpretación que hizo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, por tanto, es claro que, además del desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, se incurrió en el defecto aludido por el actor” (Destaca la Sala).*

En ese orden de ideas, debe la Sala entender que, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que, 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, de allí que, el cálculo de dicha prestación periódica, no parta del salario básico, sino del 70% del mismo.

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
 Demandado: CREMIL  
 Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.

#### 4. DE LO PROBADO

Al plenario fueron allegados los siguientes elementos de convicción útiles a efectos de resolver el problema jurídico planteado:

- Mediante Resolución No. 3130 de 19 de noviembre de 2007, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Rafael Gómez Ruíz, efectiva a partir del 15 de octubre de 2007 (Fls 34 a 36).
- A folio 38 aparece certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en donde se evidencia que la liquidación de la asignación de retiro se viene realizando con la siguiente fórmula: sueldo + 38.5% de prima de antigüedad y a esa suma le aplica el 70%.
- Mediante petición de fecha 05 de mayo de 2014, el demandante solicitó la reliquidación de la asignación de retiro en los términos previstos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (Fls 24 a 25).
- La entidad demandada mediante Acto Administrativo No. 0029805 de 13 de mayo de 2014, negó la reliquidación de la asignación de retiro en los términos solicitados por el demandante (Fl 26).

Una vez hecho el anterior recuento del material probatorio obrante dentro del expediente, la Sala procede a resolver el presente asunto.

#### 5. CASO CONCRETO

En el presente asunto, pretende el demandante que se reliquide su asignación de retiro dando una correcta aplicación a lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Mediante Resolución No. 3130 de 19 de noviembre de 2007, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Rafael Gómez Ruíz, efectiva a partir del 15 de octubre de 2007.

En el acto de reconocimiento citado, se dejó consignada la forma como debía efectuarse la liquidación, en los siguientes términos:

"(...)



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
Demandado: CREMIL  
Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

3. Que de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el militar arriba mencionado tiene derecho al reconocimiento de una asignación de retiro así:

*En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 5053 de 2009) indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).*

*Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad (...).*

Mediante el **Acto Administrativo No. 0029805 de 13 de mayo de 2014**, la entidad demandada, al ofrecer respuesta al derecho de petición presentado por el demandante, con la finalidad de que fuese reliquidada su asignación de retiro y, se aplicara de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, señaló (Fl.26 vto.):

*(...)*

*Es claro que la Entidad reconoce y paga la prestación con base en la información contenida en la hoja de servicio en cada caso y en la cual se evidencia que el salario básico tomado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para la liquidación de la asignación de retiro, corresponde al que su poderdante venía devengando en actividad."*

Ahora, de conformidad con la certificación de partidas computables expedida por la entidad demandada, se indica que la asignación de retiro se liquidó con los siguientes porcentajes y partidas computables (Fl.38):

"Sueldo		\$862.400.00
Prima de antigüedad	38.5%	\$332.024.00
Subtotal		\$1.194.424.00
Porcentaje de liquidación	70%	
Total Asignación de retiro		\$836.097.00"

Así las cosas, para efectos de proceder con el cálculo de su asignación de retiro, debía tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual, adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

En esa medida, al comparar lo anterior, con la forma como la entidad demandada indica que efectuó la liquidación de la asignación de retiro del señor Rafael Gómez Ruíz, evidencia la Sala una indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433, tal como lo señaló la *a quo*.

Por lo anterior, esta Sala confirmará la decisión recurrida en éste punto.



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
 Demandado: CREMIL  
 Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

## 6. DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe decir la Sala que comparte la determinación a la que arribó la juez de instancia, al declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, por cuanto como bien lo indicó la asignación de retiro del demandante fue reconocida mediante la Resolución No. 3130 de 19 de noviembre de 2007 efectiva a partir del 05 de octubre de 2007 (fl.35), fecha a partir de la cual se empezó a contabilizar el término de la prescripción, en tanto la petición que presentó el demandante ante la entidad para solicitar la reliquidación de su asignación de retiro tomando como base el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, fue presentada el 05 de abril de 2014 (fl.27).

Así las cosas, operó el fenómeno prescriptivo, pero fue interrumpido con la solicitud de la reliquidación de la asignación de retiro, por tanto, las mesadas anteriores al 05 de abril de 2010 se encuentran prescritas, tal como lo manifestó la *a quo*.

## 7. DE LAS COSTAS

Finalmente encuentra la Sala que el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares manifiesta su inconformismo al resultar **condenado costas en primera instancia** en sentencia de 15 de diciembre de 2016.

Como primera medida, resulta oportuno poner de presente que por expresa remisión del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la ejecución y liquidación de las costas se regirán por las normas del Código General del Proceso.

De acuerdo con el artículo 361 del Código General del Proceso, las costas se componen de los gastos del proceso y las agencias en derecho. Así lo estableció esta norma:

*“Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.*

*“Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”.*

Los artículos 361 y 366 del Código General del Proceso disponen que para la liquidación de costas se fijarán las agencias en derecho con aplicación de las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura. Además, que ante la existencia de tarifas mínimas y máximas el juez deberá tener en cuenta: *i)* la naturaleza, *ii)* la calidad y *iii)* la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que deben ser



*Demandante: Rafael Gómez Ruíz*  
*Demandado: CREMIL*  
*Expediente: 150013333007201500082-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

valorados por el juez de la causa con el fin de decidir el monto de la tarifa dentro de los límites correspondientes.

Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa– mediante Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, estableció las tarifas correspondientes a las agencias en derecho aplicables a los procesos judiciales y señaló, en relación con los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en primera instancia con cuantía, una tarifa de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia<sup>6</sup>.

Es decir, como este caso se trató de un proceso de primera instancia ante esta jurisdicción, con cuantía, las agencias en derecho que se tasaron no debían superar el 20% de las pretensiones de la demanda.

Debe decirse que las agencias en derecho se reconocen a favor de la parte vencedora y que su monto, de acuerdo con los criterios arriba señalados, no necesariamente coinciden con los pagados al abogado<sup>7</sup>, los cuales se fijan contractualmente.

Así las cosas, según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 365 y el artículo 366 del Código General del Proceso, en un principio le correspondía al *a quo* fijar las costas y agencias en derecho causadas en esa instancia, derivadas de la actuación que dio lugar a la condena en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez<sup>8</sup>, precisó:

*“(…) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*

<sup>6</sup> “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

“3.1. ASUNTOS.

“(…)”.

“3.1.2. Primera instancia.

“Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.

<sup>7</sup> Criterio aceptado por la Corte Constitucional en sentencias: C-043 de 2004, expediente D-4695, magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra y C-539 de 1999, expediente d-2313, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>8</sup> Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada)



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
Demandado: CREMIL  
Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a 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 CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia (...)*

Ahora bien, evidencia la Sala que en el *sub examine* se trató de la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, habida cuenta que se declaró la prescripción cuatrienal del derecho al pago de las diferencias de las mesadas de la asignación de retiro, luego el Juez de primera instancia contaba con la potestad facultativa, de imponer o no la condena en costas a la parte vencida, bajo un criterio subjetivo, para lo cual, se requería que en la sentencia impugnada se consignaran los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a la decisión de condenar en costas.

Es claro que la inconformidad de la demandada se centra en la imposición de costas y agencias en derecho, no obstante haberse declarado probada la excepción de prescripción de algunos reajustes sobre las mesadas reclamadas, conllevando a la prosperidad parcial y no total de las pretensiones, por lo que esta Sala considera que se debe dar aplicación a lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

En éste punto se encuentra que si bien por parte de la juez de instancia se hizo referencia a la causal prevista en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., lo cierto es que no sustentó las razones por las cuales finalmente condenó en costas en la modalidad de agencias en derecho a la parte demandada.



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
Demandado: CREMIL  
Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Al respecto, este Tribunal se pronunció atendiendo los argumentos de la alzada en caso similar, en sentencia de 10 de abril de 2014, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, en el que indicó<sup>9</sup>:

*" (...) Lo primero que se advierte es que, en casos como el presente, en el que las pretensiones prosperaron parcialmente por virtud de la prescripción que fue declarada, era potestativo del juzgador imponer o no las costas, lo cual implica, a juicio de esta Sala, que era necesario que en la sentencia se advirtieran las razones por las que, en todo caso y como si se tratara de la parte totalmente vencida, se impondrían las costas lo cual, implícitamente, lleva a un examen subjetivo, en tanto se morigera el concepto puramente objetivo de vencimiento total. (...) "*

Bajo tal entendido, encuentra la Sala acertada la inconformidad planteada por la parte demandada y, en consecuencia, se revocará el numeral octavo de la sentencia apelada en el sentido de indicar que no hay lugar a costas y agencias en derecho en contra de la parte vencida.

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, no se condenará a la parte recurrente, por cuanto se revocó el numeral octavo de la sentencia de primera instancia, razón por la cual no se cumple con lo previsto en el numeral 3 del artículo 365 del CGP que establece *"En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de segunda"*.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral octavo de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja de fecha 15 de diciembre de 2016 y en su lugar se dispone:

*"OCTAVO: Sin condena en costas"*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja de fecha 15 de diciembre de 2016, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO.** Sin condena en costas en ésta instancia.

<sup>9</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No.3 de Oralidad. Sentencia de fecha 10 de abril de 2014. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes. Radicado No.150013333009201300026-01. Actor: Delfina Solano de Gonzales. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL



Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
 Demandado: CREMIL  
 Expediente: 150013333007201500082-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

**CUARTO.** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Magistrado

**FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

Magistrado

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Demandante: Rafael Gómez Ruíz  
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares  
 Expediente: 15001333300720150008201  
 Nulidad y restablecimiento del derecho

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado

No. 159 de hoy 20 SEP 2017

EL SECRETARIO