



Cartagena de Indias D.T y C., veinticinco (25) de octubre dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2016-00193-01
Demandante	DOMINGO SALGADO ALMEIDA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reajuste de asignación de retiro soldado voluntario-Subsidio familiar – violación al derecho a la igualdad-Reliquidación de la Prima de antigüedad conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### **2.1. Demandante**

La presente acción fue instaurada por DOMINGO SALGADO ALMEIDA, por conducto de apoderada judicial.

#### **2.2.- Demandado**

La acción está dirigida en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL.

#### **2.3. La demanda<sup>1</sup>.**

A través de apoderada judicial constituido para el efecto, DOMINGO SALGADO ALMEIDA, 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,

<sup>1</sup> Folios 28-36 y su reforma folios 53-62



## 2.4. Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. 0035907 de fecha 27 de mayo de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y No. 0041775 de fecha 22 de junio de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando agotada la vía administrativa.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del demandante, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en la 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 del 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 inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo incrementado solo en el 40% cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, se debe liquidar con base en el salario mínimo incrementando en un 60%.
  - 2.3. Reajuste por violación al derecho fundamental a la igualdad, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.
  - 2.4. Reajuste del retroactivo pensional desde el reconocimiento de la asignación de retiro hasta la inclusión en nómina.
  - 2.5. Se ordene el pago de intereses de mora y condena en costas.

## 2.5 Hechos

Señala el accionante que, ingresó a laborar a la Armada Nacional el 15 de abril de 1994 en condición de soldado regular, al culminar este fue aceptado como soldado voluntario (infante de marina) a partir del 2 de noviembre de 1996, que para el mes de diciembre de 2000 aún ostentaba dicha calidad y que su vinculación estuvo regida por la ley 131 de 1985.

Afirma que, por decisión de la entidad los soldados voluntarios, pasaron a denominarse soldados profesionales, en su caso, infante de marina profesional,





13001-33-33-004-2016-00193-01

a partir del 1º de noviembre de 2003, vinculación que estuvo regulada por los Decretos 1793,1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Que estuvo vinculado a la Armada Nacional hasta el 24 de julio de 2015 en el Grupo de Comandos Navales del Caribe con sede en Cartagena, durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro reconocida por CREMIL mediante Resolución No. 7486 del 8 de septiembre de 2015.

## 2.6. Normas violadas y concepto de violación:

- Artículos: 13, 25, 29,53 y 58 Constitución Política.
- Ley 1437 de 2011: (Artículos 138 y 159 a 195).
- Ley 4º de 1992: Artículo 10.
- Decreto 1793 de 2000, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

En síntesis, como concepto de la violación se aduce que se vulneran las normas citadas al no haberse tenido en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro, prestaciones tales como el subsidio familiar y los demás factores salariales devengados al momento de su desvinculación, como se les efectúa a los demás funcionarios de la Fuerza Pública, vulnerando con ello además el derecho a la igualdad y, por ende, considera que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004.

Señala además que, lo anterior evidencia un trato discriminatorio como quiera que, sin mediar una justificación objetiva y razonable, excluye a los soldados profesionales de la inclusión del subsidio familiar de la base de liquidación en la asignación de retiro.

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 grave error en el cálculo efectuado, al aplicarse un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% y sobre este rubro se sacó el 70%.

## 2.7. CONTESTACIÓN

### 2.7.1 LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL<sup>2</sup>.

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

<sup>2</sup> Fol. 64-69 Cdno 1





• **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 las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios que acreditan tal derecho, por lo que el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales se hacen conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por lo que tienen derecho a que se les reconozca el 70% de salario básico incrementado en 38.5% de la prima de antigüedad.

**Falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto al reajuste del 60%:**

Manifiesta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento creado con la ley 75 de 1925 adscrito al Ministerio de Defensa, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, es decir, que la entidad es independiente del Ministerio de Defensa.

Resalta 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.

Finaliza, que en la Resolución No. 7486 de 2015, se le tuvo en cuenta el subsidio familiar al demandante como partida computable para liquidar su asignación de retiro, por lo que su acto indica goza de presunción de legalidad.

**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 DOMINGO SALGADO ALMEIDA 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.

**III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>3</sup>**

Por medio de providencia del 23 de marzo de 2018, la Juez Cuarto Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió conceder las pretensiones de la demanda.

<sup>3</sup> Folios 149-162 Cdno 1





La A-quo estableció que el actor en su condición de soldado profesional, quien a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba como soldado voluntario, le es aplicable lo contemplado en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; en consecuencia, le asiste derecho a que su salario básico mensual sea liquidado con base en el salario mínimo legal incrementado en un 60%, concluyó que la entidad demandada incurrió en la causal de nulidad de violación de normas superiores en que debía fundarse, al negar el reconocimiento del derecho solicitado.

En cuanto al cálculo de la prima de antigüedad, resolvió que le asistía razón al demandante por cuanto la liquidación realizada por la demandada contraría la normativa contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; pues resulta claro que el 70% de que habla la norma, se refiere a la asignación básica mensual y no a la sumatoria de la asignación básica y el 38.5 correspondiente a la prima de antigüedad.

Por lo anterior, resuelve inaplicar por inconstitucional el Art. 1 del Decreto 1162 de 2014 para el caso concreto, declarar la nulidad de los actos demandados, condenar a la entidad a reliquidar la asignación de retiro con la inclusión del 70% del salario mínimo adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad que devengaba al momento de su retiro, ordenó la inclusión del 100% del subsidio familiar y al pago de las diferencias resultantes ajustadas las anteriores al IPC.

#### IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>

Por medio de escrito del 19 de abril de 2018, la parte demandada presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, teniendo en cuenta que en la hoja de servicios del actor expedida por el Ministerio de Defensa no estaba incluida el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro.

Solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad para el reajuste del 60%, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, afirmando que le corresponde al Ministerio de Defensa, indica que debe vincularse como litisconsorte necesario a esta última.

Manifiesta que para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro el legislador no contempló porcentaje alguno sobre el subsidio familiar, por lo que la negativa de la entidad tiene su fundamento en las disposiciones que regulan

<sup>4</sup> Folios 165-170 Cdno 1





13001-33-33-004-2016-00193-01

el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de las fuerzas militares.

En cuanto a las agencias en derecho y costas procesales, señaló que, CREMIL no ha realizado actos diferentes a la defensa judicial, razón por la cual en atención a la normatividad que regula la materia solicitó que se revoque la condena en costas y agencias en derecho impuestas por el Juzgador de primera instancia.

#### V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 06 de junio de 2018<sup>5</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de noviembre de 2018<sup>6</sup>; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019<sup>7</sup>.

#### VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**6.1. Alegatos de la parte demandante<sup>8</sup>:** Presentó escrito de alegatos el 18 de junio de 2019, reiterando los hechos de la demanda, y solicitando la confirmación del fallo de primera instancia.

**6.2. Alegatos de la parte demandada<sup>9</sup>:** La parte demandada alegó de conclusión el 25 de junio de 2019, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y el recurso de alzada.

**6.3. Ministerio Público:** No presentó concepto.

#### VII.- CONSIDERACIONES

##### **7.1. 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.

##### **7.2. Competencia.**

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

<sup>5</sup> Folio. 3 cdno de apelación

<sup>6</sup> Folio. 5 cdno de apelación

<sup>7</sup> Folio. 10 cdno de apelación

<sup>8</sup> Folios. 13-20 cdno de apelación

<sup>9</sup> Folios. 21-26 Cdno de apelación





### 7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, los actos acusados son los oficios No. 0035907 del 27 de mayo de 2016, por medio del cual CREMIL niega el reajuste de la asignación de retiro y No. 0041775 del 22 de junio de 2016, que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial.

### 7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico se planteará, así:

Atendiendo que en la sentencia se declaró la nulidad de los actos acusados y se ordenó la reliquidación de la asignación de retiro, incluyendo el subsidio familiar, el porcentaje de la prima de antigüedad y el incremento en un 60% del salario, el centro de debate se contrae a determinar,

*¿Se encuentra probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL para realizar el reajuste de la asignación de retiro del 60%?*

*¿Es procedente que CREMIL reajuste la asignación básica incrementándola en el 60%, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000?*

*¿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? Asignación 70% y 38.5 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 por la A quo a la entidad demandada?*

### 7.5. Tesis

La Sala revocará los numerales 1 y 2.2. de la sentencia de primera instancia, modificará el numeral 2.3., y confirmará en lo demás la decisión adoptada, por las siguientes razones:

Con relación al numeral 1, esta Sala encuentra que si le resulta aplicable al demandante el Decreto 1162 de 2014, por cumplir con los requisitos allí establecidos, como son devengar el subsidio familiar antes del reconocimiento de la asignación de retiro, y que esta última haya sido reconocida posterior a julio de 2014. En cuanto al numeral 2.2., no es procedente su reconocimiento,



13001-33-33-004-2016-00193-01

teniendo en cuenta que fue tenida como partida computable en la asignación de retiro.

En cuanto al primer problema jurídico, se determina de acuerdo a la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 del 25 de abril de 2019 que, CREMIL tiene legitimación en la causa por pasiva 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. En consecuencia, esta Sala sostendrá la tesis adoptada por el juez de primer instancia, en el sentido de establecer que los soldados voluntarios vinculados a 31 de diciembre de 2000 y que posteriormente fueron incorporados como profesionales, se les debe liquidar conforme a la asignación que tenían estando en servicio activo, esto es un salario mínimo vigente incrementado en un 60%, conforme lo predica el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Con relación al tercer problema planteado, se confirmará lo decidido por la A-quo, teniendo en cuenta que la forma en que se efectuó la liquidación de la base porcentual de la asignación retiro, fue incorrecta por indebida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como lo entendió la A-quo, pues la adición de la prima de antigüedad se debe hacer con posterioridad a la aplicación del 70% sobre el salario básico.

Sin embargo, no comparte esta Sala la decisión correspondiente a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, debido a que el actor ya se encuentra recibiendo como partida computable dicho concepto. Por lo que, deberá revocarse la misma; y proceder a modificar el numeral 2.3., en el sentido de que al no tener derecho a la partida en mención, no puede ordenarse el pago de las diferencias.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas procesales, la jurisprudencia ha reiterado que proceden contra la parte vencida en el proceso, con independencia de la causas de la decisión desfavorable, en este caso CREMIL fue vencida en primera instancia.

## 7.6. 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 2019<sup>10</sup>, 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.

<sup>10</sup> Radicado interno: 1701-16.





13001-33-33-004-2016-00193-01

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 fijan 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 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





13001-33-33-004-2016-00193-01

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**<sup>11</sup>. 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 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,

<sup>11</sup> 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.





13001-33-33-004-2016-00193-01

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 2004<sup>12</sup>, 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 vigencia 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 2009<sup>13</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>14</sup>.

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

<sup>12</sup> Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

<sup>13</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>14</sup> Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.



13001-33-33-004-2016-00193-01

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.

## **7.7. Caso concreto**

### **7.7.1. Hechos 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 (Rca) DOMINGO SALGADO ALMEIDA, contó con un tiempo de servicio de 20 años, 6 meses y 28 días, vinculado la Armada Nacional (fol. 2).
- Mediante Resolución No. 7486 del 08 de septiembre de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor DOMINGO SALGADO ALMEIDA, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo. (Folio. 2-3)
- Conforme con la hoja de servicios No. 4-73573203, el actor devengó en su última nomina junio-2015 los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad soldado profesional y bonificación de orden público soldado profesional, entre otros (fol. 14)
- Por medio de petición del 16 de mayo de 2016, el señor DOMINGO SALGADO ALMEIDA, 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 2 del Decreto 1794 de 2000 y la inclusión del subsidio familiar, entre otras (fol. 5-8).
- Con acto administrativo contenido en el oficio No. 2016-35907 del 27 de mayo de 2016, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (F. 9).



13001-33-33-004-2016-00193-01

- Recurso de reposición en subsidio apelación interpuesto por el señor Domingo Salgado Almeida, en contra del oficio No. 2016-35907 del 27 de mayo de 2016 (fol. 10-11).
- Acto administrativo contenido en el oficio No. 2016-41776 del 22 de junio de 2016, mediante el cual la entidad resuelve los recursos interpuestos por el actor (fol. 12-13).
- Certificado expedido por CREMIL, en el que figura las partidas y porcentajes en que fue liquidada la asignación de retiro del señor Salgado Almeida (fol. 15) /
- Proyección de la asignación de retiro correspondiente al año 2015 del actor realizada por el CREMIL, en el que se establece el 70% por salario básico y 38.5% por prima de antigüedad. (fol. 4)
- Oficio No. 20180423330054051 del 14 de febrero de 2018, por medio del cual CREMIL allega certificado en donde constan los conceptos devengados por el actor en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2003 correspondientes a sueldo básico y prima de antigüedad (fol.140).

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

### 7.7.2.1. Legitimación en la causa por pasiva de CREMIL

Alega la entidad demandada en el recurso de alzada, que no es la legitimada en la causa por pasiva, para realizar el reajuste del 60% de la asignación de retiro y que el mismo le corresponde al Ministerio de Defensa.

En la sentencia de unificación citada, se determinó que CREMIL tiene legitimación en la causa de hecho y material frente al reajuste del 20% en la asignación de retiro de los soldados profesionales, por las siguientes razones:

(i) Es la entidad que expide el acto por medio del cual se resuelve sobre la petición de reajuste de la asignación de retiro que formuló el interesado y cuya nulidad se demanda.

(ii) En caso de que se emita una sentencia favorable para la parte demandante, la entidad que debe dar cumplimiento a la orden de reliquidación de la prestación es CREMIL, en razón a su función de reconocimiento, liquidación y pago de la asignación de retiro de los soldados



13001-33-33-004-2016-00193-01

Por lo que se concluyó en la misma que, 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.

#### 7.7.2.2 Salario base para la liquidación

Con base en las pruebas allegadas, se observa que el señor DOMINGO SALGADO ALMEIDA se encuentra dentro de la hipótesis contenida en la sentencia de unificación fijada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, esto es, conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Ello por cuanto, para el 31 de diciembre de 2000 el señor Salgado Almeida se encontraba vinculado en condición de infante voluntario, e igualmente que desde el 14 de agosto de 2003 se incorporó como profesional, categoría militar en la cual permaneció hasta el momento de su retiro del servicio<sup>15</sup>.

En conclusión, será confirmada la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que la asignación de retiro del demandante debe liquidarse teniendo en cuenta el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el día 24 de octubre de 2015, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 7486 del 8 de septiembre de 2015.

#### 7.7.2.3. Liquidación de la asignación de retiro:

En el caso en concreto, se tiene que el señor DOMINGO SALGADO ALMEIDA prestó sus servicios al Grupo de comandos navales del Caribe en Cartagena de Indias como infante de marina profesional (Ra), por un tiempo de servicio de 20 años, 6 meses y 28 días (fol. 14).

Se encuentra probado mediante la hoja de servicio No. 4-73573203 que, el actor ingresó como soldado voluntario el 02 de septiembre de 1996 hasta el 13 de agosto de 2003, que posteriormente se incorporó como infante profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 24 de julio de 2015 (fol. 71). En virtud de lo anterior le fue reconocida asignación de retiro mediante la Resolución No. 4786 del 8 de septiembre de 2015, ordenando el reconocimiento y pago de la misma a partir del 24 de octubre de 2015, en cuantía de 70% del salario mensual

<sup>15</sup> Folio 14 reverso.





13001-33-33-004-2016-00193-01

indicado en el numeral 13.21 (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 y el 30% del subsidio familiar.

En el caso concreto, se probó que el actor ingresó como soldado regular con antelación al año 2000, toda vez que se vinculó el 02 de septiembre de 1996. Sin embargo, para la liquidación de la asignación de retiro, se observa que el porcentaje de liquidación del 70%, se aplicó a la sumatoria del sueldo básico y el 38.50% de la prima de antigüedad, lo cual, a todas luces, resulta contrario a derecho (fol. 14).

En efecto, 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 era 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:

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

Sin embargo, observa esta Sala que la entidad al momento de realizar la liquidación, dedujo el porcentaje del 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad del 70% del sueldo 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, tal y como se evidencia en el comprobante de pago de asignación de retiro obrante a folio 15 de expediente, toda vez que efectuó la siguiente operación.

Sueldo	SMMLV +40%	\$965.237.00
Porcentaje de liquidación		70%
<b>Subtotal</b>		<b>\$675.666.00</b>
Prima de antigüedad	(SB*70%*38,5)	\$260.131.00
Subsidio familiar	([(SB*4%) + (SB*58,5)]*30%	\$180.982.00
<b>Total asignación retiro</b>		<b>\$1.116.779</b>

Así pues, advierte la Sala que en la Resolución No. 7486 del 8 de septiembre de 2015, se liquidó en indebida forma la asignación de retiro, por cuanto, como acertadamente lo señalado por la A Quo, la demandada no aplicó debidamente la fórmula señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, puesto que aplicó el porcentaje de liquidación del 70% sobre el sueldo básico y el 38,5% lo dedujo del resultado de la anterior operación, es decir, de lo resultante





13001-33-33-004-2016-00193-01

del 70%. En consecuencia, la Sala resolverá positivamente el primer problema jurídico planteado, y confirmará la orden dada por la 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 precedencia.

#### 7.7.2.4. 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. 7486 de 2015 con efectividad a partir del 24 de octubre de 2015, incluyéndose en la misma el 30% correspondiente al subsidio familiar que devengaba en servicio activo, conforme lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1162 del 2014 (fol.2-3)

Por otro lado, se avizora en la hoja de servicios No. 4-73573203 que el señor Salgado Almeida, percibió en su última nomina correspondiente a junio de 2015 subsidio familiar en un porcentaje del 4% y se le asignó el mismo como partida computable para asignación de retiro en el mismo porcentaje (fol. 14).

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que el demandante causó su derecho a la asignación de retiro a partir del 24 de octubre de 2015, esto es, posterior a julio de 2014 como lo establece la SU, que al momento del reconocimiento venía devengando dicha partida regulada por el Decreto 1794 de 2000, y que la misma fue reconocida en la Resolución 8486 de 2015, no habría lugar a ordenar su reconocimiento.

Por lo anterior, esta Sala revocará los numerales 1 y el 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, el actor ya está recibiendo como partida computable el mismo en la forma señalada en la norma. Por último, se modificará el numeral 2.3. de la sentencia, en cuanto ordena el reconocimiento y pago de las diferencias de lo



13001-33-33-004-2016-00193-01

reconocido en el punto 2.2., el cual como ya se dijo será revocado.

#### 7.7.2.5. 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, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas."*<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup>, 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, se aclaró la discusión suscitada en torno al régimen de la condena en costas, que conforme a la norma señalada se erigía como subjetivo. 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*

<sup>16</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil General. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

<sup>17</sup> Propio de este régimen, es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 392 y siguientes.





13001-33-33-004-2016-00193-01

*liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil".*

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 hacerse"<sup>18</sup>, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código de Procedimiento Civil<sup>19</sup>, 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<sup>20</sup>, 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 procesales<sup>21</sup>, 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 sentencia<sup>22</sup> 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.

En ese orden de ideas, se encuentra probado dentro del expediente que CREMIL fue vencido en la litis de primera instancia; en consecuencia, debe mantenerse en firme la condena en costas.

<sup>18</sup> <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

<sup>19</sup> 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."

<sup>20</sup> Inciso 2º artículo 361 del CGP. "Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes".

<sup>21</sup> Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. .P Dr. Mauricio González Cuervo.

<sup>22</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, 5 de abril de 2018 CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Radicación 760012333000201200430-01 (21873)





### 7.7.2.6. Conclusión

La respuesta a los interrogantes planteados en el problema jurídico son parcialmente positivos, teniendo en cuenta que quedó demostrado que CREMIL tiene legitimación en la causa por pasiva para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, en un porcentaje del 70% conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, e incrementando en un 60% como lo predica el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. En cuanto a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, no se confirmó su reconocimiento debido a que el actor ya se encontraba recibiendo como paríada computable dicho concepto. Finalmente, en cuanto a la condena de costas se mantuvieron las impuestas en primera instancia y se abstiene esta Corporación de condenar en esta instancia, por fundamentarse la decisión en un cambio jurisprudencial.

### VIII.- 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 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, no sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación por cuanto el recurso le resultó parcialmente favorable a la parte demandada; por otro lado, 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.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### IX.- DECISIÓN

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



**FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales 1 y 2.2. de la parte resolutive de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2018, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 2.3. de la parte resolutive de la sentencia, el cual quedará así:

*"Reconocer y pagar al señor DOMINGO SALGADO ALMEIDA, las diferencias que resulten en su favor entre la asignación de retiro que venía disfrutando y la reliquidación ordenada en los numerales 2.1 de la presente providencia, a partir del 24 de octubre de 2015 por no haber operado el fenómeno de la prescripción.*

**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**CUARTO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

**QUINTO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, 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. 073 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

AUSENTE CON PERMISO

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE  
(En uso de permiso)