Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de noviembre dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-013-2015-00530-01**
Demandante	**JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ LOZANO**
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 15 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Tercero 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 JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ LOZANO, 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[1].

A través de apoderada judicial constituido para el efecto, JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ LOZANO, 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,

2.4. Pretensiones

1. *Que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. 28685 el 7 de mayo de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste*

[1] Folios 28-36 y su reforma folios 53-62

de la asignación de retiro devengada por el demandante y No. 34489 del 27 de mayo de 2015, 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, las cuales sustento más adelante:*

   2.1. *Reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1° 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 1° 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 01 de agosto de 1994 en condición de soldado voluntario, 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 el demandante al igual que todos los demás soldados voluntarios pasaron a denominarse soldados profesionales, a partir del 14 de agosto de 2003, vinculación que estuvo regulada por los Decretos 1793,1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Que estuvo vinculado a la Armada Nacional durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro reconocida por CREMIL mediante Resolución No. 5253 del 11 de junio de 2014.

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[2].

La demandada se tiene como ciertas los hechos relativos al reconocimiento de la prestación y la conclusión del trámite administrativo, pero se opuso a la totalidad de las pretensiones.

- **Excepciones**

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

No configuración de falsa motivación de las actuaciones de CREMIL:

[2] Fol. 43-48 Cdno 1

Manifiesta que las actuaciones realizadas por la entidad se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de la Fuerza Pública, por lo que las acusaciones de esta demanda no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad. Por lo que, CREMIL ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad.

No configuración a la violación del derecho a la igualdad:

Manifiesta que, el principio de igualdad se predica entre iguales, por lo que en el presente caso no se vulnera el mismo, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004.

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 JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ 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[3]

Por medio de providencia del 15 de febrero de 2016, la Juez Décimo Tercero Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió conceder las pretensiones de la demanda.

La A-quo estableció que el actor estuvo vinculado a la Fuerza Pública en condición de soldado voluntario desde el 1 de agosto de 1994 al 13 de agosto de 2003, antes de la vigencia del Decreto 1794 de 2000, y cuando entró en vigencia el Decreto 3770 de 2009*(sic)*, este ya era soldado profesional, condición que obtuvo a partir del 14 de agosto de 2003 al 20 de enero de 2014. Por lo que consideró, aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 y ordenó la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación en comento.

En cuanto a la reliquidación del sueldo básico, indicó que el actor estuvo vinculado antes del 1 de enero de 2001 como infante de marina voluntario, regido por la Ley 131 de 1985, puesto que su vinculación se da en esta calidad desde el 1 de enero de 1994; por lo que resultaba procedente la liquidación del

[3] Folios 146-169 Cdno 1

mismo incrementado en el 60% y no solo en el 40% como en efecto se hizo, lo anterior fundamentado en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 el cual establece que, quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados conforme a la Ley 131 de 1985 devengarán 1 s.m.l.m.v., incrementado en un 60%.

En cuanto al cálculo de la prima de antigüedad, resolvió que le asistía razón al demandante, debido a que el salario básico para determinar la asignación de retiro correspondiente a un infante de marina, se toma el salario mínimo incrementado como lo señala el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, y a esto se le debe adicional el 38.5% de la prima de antigüedad, valor este último que no se puede obtener de un salario básico disminuido en el 30%, sino que se debe derivar del 100% del mismo.

Estableció que la liquidación que le correspondía al demandante era la siguiente:

Concepto	**Valor**
Salario mínimo legal vigente año 2014 (SMLV).	$616.000,00
60% del SMLV (art. 1 Decreto 1794 de 2000 y art. 16 Decreto 4433 de 2004).	$369.600,00
SMLV + 60% SMLV (salario básico)	**$985.600,00**

70% del salario básico	$431.200,00
Más prima de antigüedad (38,5% del salario básico)	$369.600,00
Asignación de retiro (70% salario básico + prima antigüedad)	**$800.800,00**

Estableció que, la entidad deberá conformar el valor total de la asignación de retiro reajustada tomando el 70% del sueldo básico del grado, más la prima de antigüedad y el subsidio familiar en la forma ordenada.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito del 28 de febrero de 2017, 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. 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

[4] Folios 171-175 Cdno 1

tiene su fundamento en las disposiciones que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de las fuerzas militares.

En cuanto a la reliquidación de la prima de antigüedad, manifiesta que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al demandante se le debe reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad como lo ha venido reconociendo.

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, por ser quien expide la hoja de servicios de los militares estableciendo los haberes devengados y las partidas computables.

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 31 de julio de 2017[5], por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 06 de abril de 2018[6]; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 06 de julio de 2018[7]. Posterior a ello, mediante auto del 15 de marzo de 2019 esta Sala resuelve oficiar a la entidad demandada y al Ministerio de Defensa- Armada Nacional, para que rindieran informe sobre la liquidación y porcentaje de la prima de antigüedad que devengaba el actor[8], el cual fue allegado por las entidades requeridas el 09 de abril del presente año[9].

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante[10]: Presentó escrito de alegatos el 11 de julio de 2018, reiterando los hechos de la demanda, y solicitando la confirmación del fallo de primera instancia.

---

[5] Folio. 2 cdno de apelación
[6] Folio. 4 cdno de apelación
[7] Folio. 9 cdno de apelación
[8] Fol. 23 cdno 2 de apelación
[9] Fols. 27- 35 cdno 2 de apelación
[10] Folios. 12-18 cdno de apelación

6.2. Alegatos de la parte demandada[11]: La parte demandada alegó de conclusión el 12 de julio 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.

7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, los actos acusados son los oficios No. 28685 el 7 de mayo de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y No. 34489 del 27 de mayo de 2015, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial.

7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico se planteará, así:

Conforme a los argumentos de la parte demandada en su recurso de apelación, en contra de la sentencia que declaró la nulidad de los actos acusados y 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 si:

> *¿Se encuentra CREMIL legitimado en la causa por pasiva para resolver la solicitud de reajuste del 20% de la asignación básica a tener en cuenta para la liquidación de retiro del actor?*
>
> *¿Es procedente que CREMIL reajuste la asignación básica del actor incrementándola en el 60%, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000?*

[11] Folios. 19-20 Cdno de apelación

¿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?

¿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

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.

Por otro lado, esta Sala CONFIRMARÁ la tesis adoptada por el juez de primera 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, la sentencia de unificación, determinó que en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. Sin embargo, se MODIFICARÁ la decisión adoptada por el A-quo en cuanto a las sumas reconocidas para calcular la prima de antigüedad.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar, esta Sala acoge la posición de la sentencia de unificación citada, la cual dispone que para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 (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, situación que resulta aplicable al actor; debido a que él, causó su derecho a la asignación en abril de 2014, esto es con anterioridad a las normas mencionadas, por lo que se REVOCARÁ el numeral 2.1, que ordena su reconocimiento e inclusión.

En consecuencia, se MODIFICARÁ el numeral 2.4., teniendo en cuenta que ordena el pago de las diferencias que resulten de la reliquidación de la asignación, una vez se incluya el subsidio familiar, el cual será revocado como se manifestó anteriormente.

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

Las reglas son las siguientes:

1. Las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

   i.- Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

   ii.- Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto

[12] Radicado interno: 1701-16.

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 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**[13]. 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.° del artículo 1.° 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

[13] 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.

correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador;

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

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

5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera: (Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = 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[14], 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:

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

- 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[15], y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida[16].

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

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 (Ra) JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ LOZANO, contó con un tiempo de servicio de 21 años, 1 mes y 17 días, vinculado la Armada Nacional (fol. 70).

- Mediante Resolución No. 5253 del 11 de junio de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ LOZANO, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo y adicionado con un 38.5% de prima de antigüedad (Folio. 73 reverso-74)

- Conforme con la hoja de servicios No. 4-73157587, el actor devengó en su última nomina diciembre-2013 los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar y prima de antigüedad soldado profesional (fol. 70-71)

---

[15] Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.
[16] Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

- Por medio de petición del 6 de mayo de 2015, el señor JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ LOZANO, 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. 60-63).

- Con acto administrativo contenido en el oficio No. 28685 del 7 de mayo de 2015, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (F. 65).

- Recurso de reposición en subsidio apelación interpuesto por el señor José de los Santos Gómez Lozano, en contra del oficio No. 28685 del 7 de mayo de 2015 (fol. 9--10).

- Acto administrativo contenido en el oficio No. 0034489 del 27 de mayo de 2015, mediante el cual la entidad resuelve los recursos interpuestos por el actor (fol. 11).

- Certificado expedido por CREMIL, en el que figura las partidas y porcentajes en que fue liquidada la asignación de retiro del señor Gómez Lozano (fol. 31 cdno 2)

- Certificado por medio del cual la Armada Nacional hace constar que, el actor ingresó a la entidad en los siguientes periodos: (fol. 86)
    - Soldado regular: periodos de 02/01/1993 a 31/07/1994.
    - Infante voluntario: periodos de 01/08/1994 a 13/08/1994.
    - Infante de marina profesional: periodos de 04/08/2003 a 02/11/2013.

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 40% al 60% 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

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 JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ LOZANO 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 GÓMEZ LOZANO 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[17].

En conclusión, será confirmada la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que la asignación de retiro del demandante debe re-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 20 de abril de 2014, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 5253 del 11 de junio de 2014, (fol. 73-74)

7.7.2.3. Liquidación de la asignación de retiro:

En el caso en concreto, se tiene que el señor JOSÉ DE LOS SANTOS GÓMEZ LOZANO prestó sus servicios al Batallón de Infantería de Marina No. 12 en Cartagena de Indias como Infante de Marina Profesional (Ra), por un tiempo de servicio de 21 años, 1 mes y 17 días (fol. 70).

[17] Folio 86 cdno 1

Se encuentra probado mediante la hoja de servicios No. 4-73157587 que, el actor ingresó como soldado voluntario el 01 de agosto de 1994 hasta el 13 de agosto de 2003, que posteriormente se incorporó como Infante Profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 20 de enero de 2014 (fol. 70). En virtud de lo anterior le fue reconocida asignación de retiro mediante la Resolución No. 5253 del 11 de junio de 2014, ordenando el reconocimiento y pago de la misma a partir del 20 de abril de 2014, en cuantía de 70% del salario mensual 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.

En el caso concreto, se probó que el actor ingresó como soldado voluntario con antelación al año 2000, toda vez que se vinculó el 01 de agosto de 1994. 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. 31 cdno 2).

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:

(salario básico x 70%) + (salario básico x 38.5%) = asignación de retiro

Sin embargo, observa esta 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 mínimo correspondiente al 2014, 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 certificado expedido por la entidad obrante a (folio 31 cdno 2) del expediente.

Así pues advierte esta Sala que, debido a que el salario mínimo mensual vigente fue incrementado en un 60% y dicha operación arrojó como resultado la suma de $985.600, este último será el valor por concepto de salario básico a tener en cuenta para la liquidación de la prima de antigüedad.

En ese orden de ideas, al demandante le corresponde por concepto de asignación de retiro más la prima de antigüedad lo siguiente:

- **Reliquidación con incremento del 60%:**

CONCEPTO	VALOR
Salario mínimo legal vigente año 2014 (S.M.L.M.V.)	$616.000
60% del S.M.L.M.V.	$369.600
S.M.L.M.V. + 60% S.M.L.M.V.(salario básico)	**$985.600**

- **Reliquidación prima de antigüedad:**

70% salario básico($985.600)	$689.920
Mas prima de antigüedad (38.5% del salario básico)	$379.456
Asignación de retiro= (70% salario básico + 38.5 prima de antigüedad)	**$1.069.376**

Por lo anterior, concluye esta Corporación que al actor no le corresponde la suma de $800.800 por concepto de asignación de retiro, como erradamente lo determinó el A-quo, sino la suma de $1.069.376. Por lo que la sentencia de primera instancia será modificada en ese sentido.

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. 5253 del 11 de junio de 2014 con efectividad a partir del 20 de abril de 2014, incluyéndose el 70% del salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad. (fol. 73 reverso y 74).

Por otro lado, se avizora en la hoja de servicios No. 4-73157587 que el señor Gómez Lozano, percibió en su última nomina correspondiente a diciembre de 2013 subsidio familiar en un porcentaje del 4% (fol. 70). Sin embargo, conforme al

certificado allegado por la entidad el 18 de marzo de 2019, el subsidio familiar no es una partida liquidada dentro de su asignación de retiro (fol. 31 cdno 2).

Conforme a la jurisprudencia citada al respecto, se estableció que, con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, situación que efectivamente cumple el actor tal como se avizora a folios 70 sin embargo; dicha norma fue derogada por el Decreto 3770 de 2009, el cual estableció que lo seguirían devengándolo hasta su retiro del servicio, circunstancia que le fue aplicada al actor.

Es pertinente resaltar que, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014[18] que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, en ese sentido, no resulta procedente el reconocimiento e inclusión de dicha partida dentro de la asignación de retiro del actor, toda vez que su status pensional fue adquirido el 19 de abril de 2014 y el acto demandado fue expedido el 11 de junio de 2014, esto es, con anterioridad a la vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, por lo que no resulta aplicable los mismos, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

Por lo que tal y como lo concluye la sentencia de unificación traída a colación, 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.

Por lo aquí expuesto, se resolverá revocar el numeral 2.1., de la parte resolutiva y modificar el numeral 2.4., en cuanto ordena pagar las diferencias una vez se cumpla con la inclusión del subsidio familiar.

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 ganancia efectuó y a la que le deben ser reintegradas."*[19]. Por lo tanto, las costas procesales, se traducen en una medida desventajosa, para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en

[18] Dado en Bogotá, D.C. a los 24 días del mes de junio del año 2014
[19] LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil General. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

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[20], 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 liquidación y ejecución se regirán 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"*[21], existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código de Procedimiento Civil[22], el cual, no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio,

---

[20] Propio de este régimen, es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 392 y siguientes.
[21] http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY.
[22] Código de Procedimiento Civil, Articulo 392 numeral 1° 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."

pregonándose por un régimen objetivo, propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas, cuando el asunto sea de interés público[23], 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[24], 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[25] 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.

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% de la asignación salarial adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, e incrementado en un 60% el salario mínimo como lo predica el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. En cuanto a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, se demostró que el demandante no tiene derecho a su reconocimiento por causar su derecho con anterioridad a la vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, a partir del cual los reconoce como partidas computables para la asignación de retiro. Finalmente, en cuanto a la condena en 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.

---

[23] Inciso 2° 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".
[24] Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. .P Dr. Mauricio González Cuervo.
[25] Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, 5 de abril de 2018 CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Radicación 76001233300020120043O-01 (21873)

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

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 el numeral 2.1. de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 15 de febrero de 2016, por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales 1, 2.3 y 2.4., de la parte resolutiva de la sentencia, el cual quedará así:

> *"**PRIMERO:** Declarar la nulidad parcial de los oficios No. 28685 del 7 de mayo de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el señor José de los Santos Lozano IM (r) y el No. 34489 del 27 de mayo de 2015, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión final, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

2.3. *Reliquidar la asignación de retiro aplicando la fórmula del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en los términos dispuestos en esta sentencia, en el sentido de establecer que el salario mínimo mensual vigente fue incrementado en un 60% y el resultado de dicha operación, será el valor por concepto de salario básico a tener en cuenta para la liquidación de la prima de antigüedad, en los término que fueron indicados en esta sentencia.*

2.4. *Pagar al señor José de los Santos Gómez IM (r), el valor diferencia que resulte entre la asignación liquidada y la asignación de retiro pagada, desde el 20 de abril de 2014, una vez cumplido lo ordenado en los numerales 2.2 y 2.3., con efectos fiscales a partir de esa misma fecha, por no haber operado el fenómeno de la prescripción.*

Las diferencias generadas a favor del demandante, que se repiten corresponden a la debida aplicación de la fórmula del Decreto 4433 de 2004, articulo 16, y el 60% que debe incrementarse al salario mínimo para obtener el salario básico, deben ser canceladas debidamente indexadas (...)".

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. de la fecha. 083

LOS MAGISTRADOS

MOISES RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE