



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA VIRTUAL DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, doce (12) mayo de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE:	RIGOBERTO GIL MENESES
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
REFERENCIA:	152383333002- 2017-00032 -01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO DE SOLDADO PROFESIONAL - CÓMPUTO DE SUELDO BÁSICO Y PRIMA DE ANTIGÜEDAD
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida en Audiencia Inicial el **11 de octubre de 2018** por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

1. DEMANDA

1.1. Declaraciones y condenas (fls. 2-3)

El señor **RIGOBERTO GIL MENESES**, a través de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL con el objeto de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Oficio No. 2015-46314 del 7 de julio de 2015**, mediante el cual la entidad accionada negó la reliquidación de su asignación de retiro (i) tomando en su base de liquidación como asignación básica 1 SMLMV incrementado en un **60%** y (ii) calculándola a partir de la sumatoria del **70%** de la asignación básica - en los términos antes mencionados- **más un 38.5% de la prima de antigüedad, respectivamente.**

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que **(i)** se condene a la demandada a reliquidar la asignación de retiro reconocida al accionante, incluyendo como partida computable en su base de liquidación: **i-** el salario básico mensual entendido en los términos del inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. **1794** de 2000, esto es, un salario mínimo incrementado en un 60% y **(ii)** la liquidación de la prestación se lleve a cabo de conformidad con el artículo 16 del **Decreto No. 4433 del 2004**, es decir, tomando **el 70%** de la asignación básica más el **38.5%** de la prima de antigüedad.

Igualmente, pidió que se ordene el reajuste de la prestación año por año a partir de su reconocimiento, el pago efectivo e indexado de las diferencias que se causen por efecto de la orden de reliquidación, la causación de intereses moratorios de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA, y que se condene a la entidad demandada al pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fácticos (fls. 3-4)

El apoderado del demandante indicó que el señor **RIGOBERTO GIL MENESES**, prestó el servicio militar obligatorio en las filas del **EJÉRCITO NACIONAL** y, una vez terminó el periodo reglamentario, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario, y posteriormente, **a partir del 1° de noviembre de 2003**, fue promovido a soldado profesional; condición que mantuvo hasta el retiro.

Señaló que, en cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto No. **4433 de 2004**, mediante **Resolución No. 905 del 5 de febrero de 2015**, **CREMIL reconoció** una asignación de retiro al demandante.

Señaló que el **30 de julio de 2015** el accionante le solicitó a **CREMIL** que en la liquidación de su asignación de retiro aplicara lo establecido en el inciso **2° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000** y en el artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, obteniendo respuesta negativa mediante Oficio No. 2015-46314 del 7 de julio de 2015.

1.3. Fundamentos de derecho (fls. 4-7)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Preámbulo y los artículos 1°, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58.

Legales: Ley 131 de 1985; Ley 4ª de 1992; Ley 923 de 2004; Decreto 1794 de 2000 y Decreto No. 4433 de 2004.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 64-69)

Dentro de la oportunidad procesal concedida para el efecto, la apoderada de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda y aceptó los hechos relacionados únicamente con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

Igualmente adujo que, desde la Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como los regímenes de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial, disposición que se encuentra actualmente prevista en el artículo 217 inciso 3, de la Constitución Nacional de 1991.

En desarrollo del precepto constitucional, se han dictado diferentes disposiciones legales a través de las cuales se reglamenta y organiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, tales como: Decretos 3071 de 1968; 2337 de 1971; 612 de 1977; 089 de 1984; 1211 de 1990; 2070 de 2003; Ley 1790 de 2000; Decreto 4433 de 2004, entre otras, las cuales son de carácter especial, esto es, que priman sobre las generales.

Propuso como excepción previa la de “falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 60%”, y desarrolló la misma, refiriendo que el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida **el 25 de agosto de 2016**, sin haber vinculado a **CREMIL**, decidió que con fundamento en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios, posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico, incrementado en un **60%**.

En tal sentido refirió que si bien la posición actual del Consejo de Estado, es que se debe incrementar el salario mínimo en un 60% a los profesionales e infantes, también lo es que la reclamación debe efectuarse ante el Ministerio de Defensa Nacional, por ser la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública y en consecuencia es la entidad que expide la hoja de servicios en la cual se basa **CREMIL** para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Como excepciones de mérito propuso las siguientes:

- Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro: de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de

2004 (prima de antigüedad): señaló que el artículo 16 del Decreto **No. 4433 de 2004** es claro al establecer que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el **38.5%** de la prima de antigüedad, tal como lo ha venido aplicando **CREMIL**. Que asimismo lo ha entendido el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Concepto radicado No. 2014-6000006331 del 17 de enero de 2014, donde se indicó que la liquidación prestacional que efectúa **CREMIL**, para el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina, es acorde con las disposiciones normativas y la fórmula aplicada en las liquidaciones.

Para soportar su postura, citó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2013, Rad. No. 2012-00086-01, M.P. Dra. Amparo Oviedo Pinto.

- No configuración de violación al derecho a la igualdad: manifestó la accionada que este derecho se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso no lo ha desconocido o inobservado, por cuanto, fue el legislador que estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004 el cual se encuentra vigente y no ha sido objeto de demanda que afecte su vigencia. Así las cosas, a la caja le está vedado hacer interpretaciones haciendo extensivas las disposiciones para el personal al cual no le es aplicable.

En efecto, no le corresponde a la Caja realizar juicios de valor contrariando lo previsto en nomas especiales aplicables a cada uno de los miembros de la fuerza pública, siendo del caso indicar que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares tienen una disposición especial, los miembros de la policía cuentan con otras disposiciones, el personal civil otras y los soldados profesionales cuentan también con su regulación especial sobre la materia, por lo que la entidad demandada al momento de aplicar tal normatividad, debe hacerlo integralmente, pues de no hacerlo estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde.

- No configuración de causal de nulidad: Consideró que los actos administrativos demandados no están inmersos en ninguna causal de nulidad contemplada en el artículo 137 del CPACA, por el contrario, las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a la normatividad vigente aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares.
- No procedencia de la causal de Falsa Motivación en las actuaciones de CREMIL: Indicó que la entidad ha actuado conforme a la ley y

que los actos enjuiciados se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, por tal razón, advirtió que deben desestimarse las pretensiones de la demanda.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante sentencia proferida el 11 de octubre de 2018, resolvió (fls. 180-185):

“PRIMERO. Declarar NO probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, propuesta por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del oficio No. 2015-46314 de 7 de julio de 2015 mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL” resolvió de forma negativa las peticiones que a continuación se relacionan.

- a. Liquidación de la asignación de retiro del actor, tomando como base de la misma un **salario mínimo** incrementado en un **60% del mínimo**, de conformidad con lo establecido por el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.
- b. Reajuste de la citada prestación reconocida al señor RIGOBERTO GIL MENESES, teniendo en consideración la adición del **38.5%** de la prima de antigüedad, **al 70% de la asignación básica**.

TERCERO. Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, reajustar y pagar a partir del **31 de marzo de 2015**, la asignación de retiro del señor RIGOBERTO GIL MANESES, en los siguientes términos:

- a) Aplicando, **el 70%** de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al **salario básico** y al valor que resulte se le adicionará el valor completo del **38.5%** correspondiente a **la prima de antigüedad**.
- b) Incluyendo como factor de liquidación **UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE incrementado en un 60%**.

Todo lo anterior, atendiendo lo parámetros fijados en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: De los pagos ordenados en el numeral anterior, deberá descontarse las sumas efectivamente canceladas en cumplimiento al reajuste ordenado en la Resolución No. **8859 del 26 de marzo de 2018**.

(...)”

Para adoptar tal determinación, la Juez de primera instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, indicando sobre el acervo probado que para liquidar la asignación de retiro del actor se le aplicó el **70%** no sólo sobre el sueldo básico sino también sobre la prima de antigüedad, a la cual ya le había aplicado el **38.5%**, lo que hace

concluir que, la normativa que rige la materia no se consideró en legal forma, pues el citado **70%** no se aplica sobre la prima de antigüedad, sino exclusivamente sobre el salario mensual, razón por la que prosperan las pretensiones.

Sobre la diferencia salarial del **20%** devengada en servicio activo, sostuvo que se revisaron los certificados obrantes al respecto, y se estableció que existe una diferencia salarial entre lo devengado y lo que efectivamente debía cancelarse, siendo entonces que su asignación salarial no fue percibida en legal forma.

Por otra parte refirió que como quiera que la entidad accionada había proferido la **Resolución No. 8859** del 26 de marzo de 2018, dispuso en ella incrementar la partida del sueldo básico en un **20%** en la asignación de retiro del demandante, encontrándose en curso la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la liquidación se efectuaría conforme a los parámetros establecidos en la sentencia; sin embargo sobre lo que resultara al momento de efectuarse la liquidación que se ordenó, se descontarían las sumas efectivamente canceladas en cumplimiento del reajuste dispuesto en el acto administrativo expedido por la demandada.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 191-193)

En el término legal, la apoderada de **CREMIL** interpuso recurso de apelación solicitando que se **revoque parcialmente** la sentencia de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

Adujo que conforme al artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, el soldado profesional tiene derecho a que se le liquide la asignación de retiro así:

$$\begin{aligned} \text{“Salario Básico} &= \text{SMLMV (100\%)} + \text{(Incremento en un 40\%)} = \text{140\%} \\ \text{Prima de Antigüedad} &= \text{38.5\%} \end{aligned}$$

Asignación de retiro:

$$70\% = (\text{Sueldo Básico} + 38.5\% \text{ de Prima de Antigüedad})”$$

Por lo anterior, consideró que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al **70%** de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad.

Conforme indicado, consideró que el numeral 13.2 del artículo 13 referido, estableció en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, esto es: i) salario mensual y ii) prima de antigüedad.

Reiteró frente al argumento de lo entendido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Concepto radicado No. 2014-6000006331 del 17 de enero de 2014, donde se indicó respecto a la liquidación prestacional que efectúa **CREMIL**, para el reconocimiento de la asignación para los soldados profesionales e infantes de marina, es acorde a las disposiciones normativas, y que la fórmula que aplica en tal liquidación se encuentra ajustada. En tal sentido cita como referente jurisprudencial la sentencia del 20 de septiembre de 2013, del Tribunal de Cundinamarca dentro del proceso con radicado 2012-00086-01.

Mas adelante se opuso a la condena en costas proferida por el Juez inicial y refirió que la demandada no ha actuado de forma temeraria o mala fe, al contrario, se ha limitado a realizar actos propios a la defensa judicial de forma oportuna.

5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en la Audiencia de Conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, llevada a cabo el 27 de febrero de 2019 (fls. 206) y fue admitido por esta Corporación mediante proveído del 14 de marzo de 2019 (fl. 220). Posteriormente, a través de auto del 10 de abril de 2019 se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 224).

5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.1. Parte demandante (fls. 226-230)

Transcribió apartes de varias sentencias sobre la materia y anexó copia de un fallo del Consejo de Estado del 10 de mayo de 2018.

5.1.2. Parte demandada – CREMIL (fls. 241-243)

Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda y en el recurso de apelación, solicitando se declaren prosperas las excepciones propuestas por la demandada.

5.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación, corresponde a esta Sala establecer:

- i. *¿Cómo debe ser entendida la fórmula de liquidación de la **asignación de retiro** de los soldados profesionales, establecida en el artículo 16 del Decreto No.4433 de 2004?*

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación¹

La Ley 1437 de 2011 tiene como finalidad, entre otras, fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos. El artículo 270 del CPACA preceptúa:

*“Para los efectos de este Código se tendrán como **sentencias de unificación** jurisprudencial **las que profiera o haya proferido** el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social **o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia**; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.”* (Negrilla fuera de texto)

¹ TAB, Sent. 2017-00011, oct. 11/2018, M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación estableció:

“Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**”² (Resaltado fuera de texto)

La Corte Constitucional en sentencia **C-634 de** 24 de agosto de 2011, al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia:

“El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.” (Negrilla fuera de texto)

Postura sostenida de tiempo atrás cuando la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, dijo sobre la función de unificación del Consejo de Estado:

“A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones.” (Negrilla fuera de texto).

Y reiterada en la Sentencia C-539 de 2011:

² Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, “en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.

“5.2.3. La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que **el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-**, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) **las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.**

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

(...)

5.2.5 De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para **estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia**, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:

“Lo señalado acerca de los jueces **se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos**. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.” ¹⁹¹ (Resalta la Sala)

(...)

En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado **esta Corte** que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, **y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional**. De esta manera, **una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial...**” (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que la función unificadora del Consejo de Estado que nace de la Constitución de 1991 se concreta con la Ley 1437 de 2011, de manera que el margen de interpretación normativa de las

autoridades administrativas está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos tribunales.

3.2. De la sentencia de unificación sobre la asignación de retiro de los soldados profesionales

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 dentro del proceso con Rad. Interna No. 1701-2016, C.P. **Dr. William Hernández Gómez**, abordó los siguientes temas: i) naturaleza jurídica de la asignación de retiro; ii) régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales; iii) partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados; iv) reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales; v) legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; vi) forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales; vii) interpretación del artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004; viii) cómputo de la prima de antigüedad; ix) porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales; e x) inaplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Así, unificó jurisprudencia en el sentido de precisar las reglas para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, que en materia de los aspectos acá debatidos son las siguientes:

"Primero: *Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:*

1. *En virtud de la correspondencia que debe existir, 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:

- 1.1. **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.**
- 1.2. **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.**

(...)

4. 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:

4.1. 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 a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4.2. 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%.

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. **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. (...)**" (Subraya y negrilla fuera de texto)

Finalmente, recordó el valor vinculante y obligatorio de la sentencia³ y fijó sus efectos en el tiempo de manera retrospectiva, lo que implica que las reglas jurisprudenciales son aplicables a todos los casos pendientes de solución tanto en sede administrativa como judicial, salvo que las decisiones estuvieran cobijadas por la institución de la cosa juzgada.

³ En los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011.

4. CASO CONCRETO

Los cargos de la alzada se concretan en **i)** la forma como debe entenderse el artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, especialmente en lo atinente a la liquidación de la **prima de antigüedad** y **ii)** la condena en costas contra la entidad demandada.

Así, previo a resolver los cargos antes referidos, se advierte que del material probatorio obrante en el plenario es posible establecer que el **RIGOBERTO GIL MENESES** prestó sus servicios a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - **EJÉRCITO NACIONAL** en los siguientes periodos (fl. 30):

CATEGORÍA	TIEMPO SERVIDO	
	DESDE	HASTA
Servicio Militar Obligatorio	02-04-1993	18-11-1994
Soldado Voluntario	15-04-1996	31-10-2003
Soldado Profesional	01-11-2003	31-12-2014

En este orden de ideas, se encuentra que el demandante, después de prestar el servicio militar obligatorio, se vinculó a la entidad demandada en calidad de soldado voluntario bajo la vigencia de la Ley 131 de 1985, permaneciendo en dicha categoría hasta el 31 de octubre de 2003. Igualmente, se observa que a partir del 1º de noviembre de 2003, el accionante fue incorporado como **soldado profesional** y ocupó ese grado hasta el momento de su retiro, esto es, el 31 de diciembre de 2014 (sin contar los 3 meses de alta respectivos).

4.1. **Forma como debe entenderse el artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, especialmente en lo atinente a la liquidación de la prima de antigüedad**

De lo anterior, claramente se observa que el actor a 31 de diciembre de 2000 estaba vinculado como soldado voluntario bajo el régimen de la Ley 131 de 1985 y, en ese sentido, había adquirido el derecho a percibir como asignación básica mensual el equivalente a un (1) SMLMV incrementado en un 60% una vez fue incorporado como soldado profesional, conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 1º del Decreto No. 1794 de 2000 y fue dilucidado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado previamente citada.

En efecto, tal y como lo señaló el juez de instancia, en el escrito de contestación de la demanda, CREMIL allegó copia de la Resolución No. 8859 del 26 de marzo de 2018, por medio de la cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico **en un 20%**, acto administrativo

que subsanó la disminución que sufrió el actor por ese concepto en la Resolución No. 905 del 5 de febrero de 2015 -mediante la que le fue reconocida la asignación de retiro- (fl. 124-126), pues en ella, el sueldo básico como partida computable fue calculado para el caso del demandante teniendo en **cuenta 1 SMLMV incrementado en un 40%**.

Ahora bien, al tenor de la jurisprudencia citada en precedencia, es claro que, conforme al artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro es necesario **tomar el 70% del salario mensual, el cual debe adicionarse con el 38.5% de la prima de antigüedad. Este último porcentaje se extrae del 100% de la asignación básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro.**

En ese sentido, se demostró que CREMIL ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante a partir del 31 de marzo de 2015, así (fls. 79vto-80):

"(...) - En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de Diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (...)"

Sin embargo, se destaca que en la contestación de la demanda (fl. 66 vto) se especificó que la liquidación de la prestación obedecía al 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, con lo cual se desconoció la ley, tal como lo manifestó el *a quo*. En efecto, no se discute que se esté dando aplicación al artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, sino que la interpretación que realiza **CREMIL** sobre el mismo no es correcta, toda vez que de la lectura de dicha norma puede concluirse sin hesitación alguna que es solo al sueldo básico mensual al que se aplica **el 70%**, valor al que debe adicionarse el **38.5%** que corresponde a la prima de antigüedad.

En ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada implica que al monto reconocido por concepto de prima de antigüedad se le hace una doble reducción: la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, posteriormente, la del 70% que el precepto le asigna al salario básico mensual, lo cual va en contravía de la garantía de los derechos del actor.

Por lo tanto, la forma como debió haberse liquidado la asignación de retiro al demandante, conforme a lo establecido en el mencionado artículo 16 del Decreto No. 4433 del 2004, es la siguiente: **al salario básico mensual (1 SMLMV incrementado en un 60%) se le debe aplicar el porcentaje del 70%, y a este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, resultando de dicha operación el monto que le corresponde al demandante como asignación de retiro**, tal como fuera expuesto en el fallo de primera instancia.

En ese orden de ideas, no resultan de recibo los argumentos de la alzada en este punto, ya que fue inadecuada la interpretación de la entidad accionada frente al monto del sueldo básico y la forma de liquidar la asignación de retiro -incluyendo la incidencia de lo anterior-.

4.2. De la condena en costas en primera y segunda instancia

De acuerdo al artículo 361 del CGP, el concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el CPACA, gastos ordinarios del proceso⁴ y otros como son los necesarios para el traslado de testigos y la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia (como peritos y secuestres), transporte del expediente al Superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, la noción de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁵, los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el numeral 8º del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007⁶.

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el seno del Consejo de Estado se han suscitado tres posiciones acerca del análisis que debe desarrollar el Juez al momento de decidir, en los términos del artículo 188 del CPACA, sobre la condena en costas. Al respecto, la Subsección C de

⁴ CPACA, Arts. 171-4.

⁵ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

⁶ Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto".

la Sección Tercera (no de forma pacífica) ha indicado que es necesario efectuar un test de proporcionalidad que involucre la afectación al acceso a la Administración de Justicia (idoneidad), su grado de intensidad (necesidad) y su repercusión en términos de tasación de la aludida condena (proporcionalidad en estricto sentido)⁷.

Por otra parte, la Subsección B de la Sección Segunda ha sostenido que la norma en comento no implica la condena de manera “automática” u “objetiva” frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello en consideración a que deben observarse una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debe ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis en el que el Juez debe evaluar las circunstancias para imponerla o no⁸.

Finalmente, la Subsección A de la Sección Segunda acogió el criterio objetivo-valorativo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho), al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), con los siguientes argumentos:

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

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio ‘subjetivo’ -CCA- a uno ‘objetivo valorativo’ -CPACA-.*
- b) *Se concluye que es ‘objetivo’ porque en toda sentencia se ‘dispondrá’ sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, **se le califica de ‘valorativo’ porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.** Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. **Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.***
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el*

⁷ Ver, por ejemplo: CE 3C, 29 Ene. 2018, e250002336000201500405-02 (59179), J. Santofimio.

⁸ Ver, por ejemplo: CE 2B, 9 Nov. 2017, e18001-23-33-000-2015-00214-01(1050-17), S. Ibarra.

empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)"*

Bajo el anterior contexto, la Sala ha acogido el criterio objetivo-valorativo en la condena en costas, debido a que se ciñe de forma más estricta a las disposiciones que regulan la materia. En este sentido, la aplicación del test de proporcionalidad se considera inadecuada en razón a que se emplea como instrumento de tasación, sin que de por medio se presente una tensión entre derechos o principios que requiera la realización de un examen sobre su coexistencia (o contraposición) y peso en situaciones concretas. Por otra parte, es clara la intención del legislador de abandonar el criterio subjetivo para efectos de decidir si se impone o no la condena, ya que no se dispuso la evaluación de aspectos como la temeridad o mala fe.

Lo anterior no implica que no deba verificarse que las costas se hayan causado, sino que no debe acudir a elementos extraños a la regulación para determinar y, de ser el caso, cuantificar la suma por la que debe condenarse. Esto sin dejar de lado que, como se dijo, las costas están integradas por las expensas y las agencias en derecho y, mientras que la acreditación de las primeras se lleva a cabo valorando los gastos causados y quien los sufragó, las segundas se derivan de la actividad procesal de la parte vencedora.

Descendiendo al caso concreto, se observa que en la **primera instancia** se condenó en costas a la entidad accionada, lo cual resulta lógico en la medida en que (i) fue vencida en el litigio, (ii) el accionante necesariamente incurrió en expensas para efectos de las notificaciones requeridas, y (iii) la parte actora mantuvo actividad procesal con la interposición de la demanda y su intervención en la Audiencia inicial.

Así mismo, en la **segunda instancia** teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1º y 8º del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte vencida, pues si bien es cierto no se causaron expensas a cargo de la parte actora, también lo es que (i) a la entidad demandada le fue resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, y (ii) el demandante tuvo actividad procesal al pronunciarse durante el traslado de alegatos de conclusión. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser llevada a cabo por el Despacho de primer grado siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP⁹.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 11 de octubre de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **entidad demandada - CREMIL y a favor de la parte demandante**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y los numerales 1º y 8º del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente, incluyendo las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 *ídem*.

TERCERO: En firme la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión virtual de la fecha.

⁹ Sobre la etapa procesal y la forma de liquidar las costas, incluyendo las agencias en derecho a cuyo pago se condena en segunda instancia, ver: TAB, 22 May. 2018, e150013333013201300095-01, F. Afanador.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado