



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, seis (6) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL –APELACIÓN SENTENCIA
ACTOR: ÁLVARO ENRIQUE CASTRO LARA
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)
RADICACIÓN: 20-001-33-33-002-2017-00316-01
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes actora y demandada, contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2019, proferida en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandada.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Demanda.

Pretensiones. El demandante solicita que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2017-33445 de fecha 15 de junio de 2017, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó la liquidación de la asignación de retiro tomando como base de liquidación lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que establece un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario; la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en la liquidación de la prima de antigüedad; y la inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho pide se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reliquidar la asignación de retiro del demandante, tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).

Igualmente solicita liquidar la asignación de retiro del actor conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, el 70% de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad.

Así mismo, solicita sea liquidada la asignación de retiro del demandante incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad establecida en el artículo 5º del Decreto 1794 de 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1.8. del Decreto 4433 de 2004.

También solicita se ordene el reajuste de la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada anteriormente; de igual forma que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes

solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados anteriormente, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA. Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

Hechos. El señor ÁLVARO ENRIQUE CASTRO LARA, prestó el servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional, tiempo después fue incorporado como soldado voluntario, y a partir del 1º de noviembre de 2003 fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de las Fuerzas Militares.

Manifiesta que mediante la Resolución No. 1256 de fecha 11 de febrero de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación de retiro al demandante.

Posteriormente el demandante con fecha 2 de junio de 2017, radicó un derecho de petición de radicación No. 20170046115, solicitando a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que en la liquidación de su asignación de retiro se tomara como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 2000, igualmente que se tenga como partida computable la prima de navidad y que se liquidara la prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; peticiones que fueron negadas mediante acto administrativo con radicado No. 2017-33445 de fecha 15 de junio de 2017.

El demandante afirma que desde el reconocimiento de su asignación de retiro la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares viene liquidando la misma teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un cuarenta por ciento (40%), y tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante le aplica el 70% determinando de esta forma la mesada a cancelar.

Aduce que de conformidad a lo establecido en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004, la prima de navidad se tendrá en cuenta como partida computable en la liquidación de las asignaciones de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la liquidación de la asignación de retiro del demandante no le está computando como partida la prima de navidad, sin que exista fundamento jurídico o fáctico para su exclusión.

Normas violadas y concepto de la violación. Con relación a la protección del derecho constitucional a la seguridad social, considera que la entidad demandada ha transgredido la Constitución Política en su preámbulo y los artículos 1º, 2º, 4º, 13º, 25º, 46º, 48º, 53º y 58. Igualmente desconoció lo contemplado en las Leyes 131 de 1985, 4º de 1992 y 923 de 2004, los Decretos 1793, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Señala que mediante Decreto 1794 de 2000 el Gobierno Nacional estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales, estableciendo en el artículo primero una asignación básica equivalente a un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario para quienes ingresaran a este cuerpo a partir del 1 de enero de 2001. Con el fin de respetar los

derechos adquiridos de quienes a 31 de diciembre del 2000 tenían la calidad de soldados voluntarios, en el inciso segundo del mismo artículo se consignó que éstos seguirían percibiendo el salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%), es decir, que los soldados voluntarios que se acogieron al nuevo estatus de soldados profesionales continuarían percibiendo la asignación mensual que venían percibiendo.

También informa que a través de la Ley 923 de 2004 el legislador creó el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales que presten veinte años (20) de servicio. En el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional reglamentó su reconocimiento, el monto y el procedimiento para su liquidación, indicando que esta prestación sería equivalente a un 70% del salario mensual adicionado con un 38,5 de prima de antigüedad.

Asevera que la Caja de Retiro desde el reconocimiento de la asignación de retiro al demandante viene liquidándola sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38,5 de prima de antigüedad, y al monto resultante le viene aplicando el 70%, esta errónea aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lleva a que se presente una doble afectación de la partida prima de antigüedad.

Sostiene que al disminuirse en un 20% la asignación básica a los soldados profesionales que fueron voluntarios, y al afectarse doblemente la partida prima de antigüedad, se está contraviniendo de manera directa los principios fundamentales propios ya no de un Estado Social de Derecho sino de un Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental la obediencia a las normas con el respecto por la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general, que en resumidas cuentas consiste en un Estado protector garante férreo de todas las prerrogativas fundamentales conferidas por nuestra Carta de derechos.

Indica que la prima de navidad es una prestación que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004, es tomada en cuenta como partida computable en el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles adscritos al Ministerio de Defensa. Sin que exista una razón justificada la prima de navidad no se les reconoce como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, quienes la venían ganando en servicio activo, configurándose una violación al derecho constitucional a la igualdad.

No se entiende cómo a los oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil adscritos al Ministerio de Defensa se les tenga en cuenta la prima de navidad como partida computable en la liquidación de las asignaciones retiro y pensiones, y a los soldados profesionales que igualmente la devengaron en servicio activo no se les tenga en cuenta para el mismo propósito.

2. Providencia recurrida.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia proferida en audiencia inicial realizada el 28 de enero de 2019, declaró la nulidad del acto administrativo acusado, declaró no probada la excepción de prescripción, y a título de restablecimiento del derecho condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) al reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro del actor, la diferencia de lo que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, aplicando la fórmula $AR = (SM*70\%) + (PA*38,5\%)$,

donde AR es asignación de retiro, SM es salario mensual y PA es la prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el salario mínimo corresponde a un (1) salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60%, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Así mismo, condenó a la demandada a pagar al demandante el valor de las diferencias causadas de la asignación básica que percibe, como consecuencia del reajuste ordenado en el numeral anterior, con efectos fiscales a partir del 15 de marzo de 2015, toda vez que no ha operado el fenómeno de prescripción, cifras que serán indexadas mes a mes, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, aplicando la fórmula allí indicada. Condenó en costas a la parte demandada, fijando como agencias en derecho el 7% de la condena.

A juicio del *A quo*, en armonía con lo dispuesto por el artículo 1º, inciso 2 del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, y de acuerdo con los reglas jurisprudencias trazadas, considera que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20% en el incremento de su salario mínimo, inicialmente devengado como Soldado Voluntario y, con posterioridad, como Soldado Profesional, a partir de su incorporación como tal, en noviembre de 2003.

Pero no accede a dicha pretensión por cuanto la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado cambió su posición frente a la posibilidad de ordenar la reliquidación de la asignación de retiro conforme al porcentaje salarial del 20%, no tenido en cuenta para el reconocimiento de dicha prestación, sin que se desconozca que el accionante cumple con los requisitos para acceder a dicho incremento, pero respecto del mismo debe agotar la reclamación administrativa ante el Ministerio de Defensa, a fin de que ordene su reajuste salarial, por ser la competente para ello.

Estima que el demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, a través del cual la entidad demandada negó el reajuste de su asignación de retiro, pero aclarando que únicamente en cuando a la indebida aplicación de la fórmula establecida en el artículo 16º del Decreto 4433 del 2004.

En estas condiciones, resulta imperioso acceder a la pretensión de la demanda, declarando la nulidad del acto acusado, esto es, el Oficio N° 2017-33445 del 15 de junio de 2017, ordenando el reajuste de la asignación de retiro del señor ÁLVARO ENRIQUE CASTRO LARA, únicamente para que la entidad demandada aplique de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16º del Decreto 4433 de 2004, es decir, al salario básico se le debe incrementar el 70% y a ello adicionar el 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad.

Finalmente dice que con relación al pago de la doceava parte de la prima de navidad, es una partida que no se tiene contemplada para los soldados profesionales que se encuentran en retiro, por lo que acierta la entidad demandada al negar su inclusión en tanto no se puede escindir la normatividad vigente, aunado a que no se vulnera de esta forma el régimen salarial del demandante.

3. Recursos de apelación.

Demandante. Muestra su inconformidad con la sentencia de primera instancia, solo en cuento a la negativa de incorporar la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del actor.

Resalta que la prima de navidad se le canceló al demandante en los meses de diciembre durante los 20 años en los que prestó servicio en el Ejército Nacional y además se le tuvo en cuenta en la liquidación del auxilio de cesantías, no quedando con éllo duda de que es una prestación social que hace parte de la remuneración de los soldados profesionales, y de conformidad a la jurisprudencia emanada por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, al ser la prima de navidad un factor salarial, se debe tener en cuenta en la liquidación de la pensión o asignaciones de retiro.

Y efectivamente, la prima de navidad es tenida en cuenta en la liquidación de las asignaciones de retiro para los integrantes de la Fuerza Pública: para los oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, y a los demás funcionarios públicos que perciben, pero no para los soldados profesionales, con lo cual se está ante una flagrante violación al derecho constitucional de igualdad, y una transgresión del principio de progresividad.

Solicita se declare la nulidad parcial de la sentencia de primera instancia, y se incorpore la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, y el pago de las diferencias que resulten de los reajustes solicitados desde la fecha del reconocimiento de la asignación a la fecha.

Entidad demandada. Solicita que sea revocada parcialmente la sentencia de primera instancia, en lo que tiene que ver con la reliquidación de la asignación de retiro del Soldado Profesional, y la condena en costas.

En cuanto a la liquidación de la prima de antigüedad, argumenta que siguiendo la uniformidad y secuencia del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esa entidad.

Cita una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda –Subsección “C”, de fecha 20 de septiembre de 2013, en donde se considera que la fórmula de liquidación sobre la prima de antigüedad aplicada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es la correcta.

Finalmente, referente a las costas procesales y agencias en derecho, manifiesta que la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial, como es dar contestación a la demanda, aportando los antecedentes del acto demandado y acudir oportunamente a la realización de la audiencia inicial. Por tal motivo, solicita abstenerse de imponer condena en costas y agencias en derecho.

4. Alegatos de segunda instancia.

Demandante: Solicita se dé aplicación a la regla de unificación número 6 fijada por el órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa en sentencia de 25 de abril de 2019, Radicación 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), y se ordene a la demandada a reliquidar la asignación de retiro del actor tomando el 70% de la asignación básica, adicionándole un 38,5% de la asignación básica como prima de antigüedad, porcentaje este último establecido del 100% de la asignación básica,

tal como lo viene realizando la Caja en la actualidad y procedimiento avalado por el Consejo de Estado.

Ministerio Público: Señala que la manera en que la entidad aplicó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la ley no prevé, lo cual desde luego disminuye el monto a devengar por el demandante.

Dice que respecto del subsidio familiar, el acto administrativo se encuentra conforme con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicable al caso, al haber adquirido el demandante el derecho a la asignación de retiro con posterioridad al mes de julio de 2014, según se deriva de la Resolución No. 1256 de 11 de febrero de 2015, debía incluirse, como se hizo, el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, en el porcentaje del 30%, ya que al momento de su retiro estaba devengando esa prestación regulada en el Decreto 1794 de 2000.

En cuanto a la duodécima parte de la prima de navidad, debe tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, norma que no contempló este factor como una partida que pudiera ser computada para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo que no debía tenerse en cuenta para la liquidación.

Frente a la condena en costas estima que en el presente asunto es procedente la misma, pues dentro del expediente se encuentra acreditado el pago de los gastos ordinarios del proceso y, además, se evidencia que se actuó dentro del proceso a través de un apoderado judicial, que las actuaciones realizadas por el mismo llevaron a la producción de las sentencias.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar o no a revocar la sentencia de primera instancia de 28 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, porque en consideración de la entidad demandada aplicó correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 respecto de la prima de antigüedad, y no es procedente la condena en costas, y en consideración del demandante se debe incorporar la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del actor.

2.2. Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

«[...] Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima

de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...]»

Vemos que el artículo 16 antes citado incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares, la prima de antigüedad, la cual conforme el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 señaló que para los soldados profesionales del Ejército Nacional se cancelaría de la siguiente manera:

«[...] Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%) [...]»

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado¹ señaló:

«[...] Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, “debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%”, y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación. [...]»

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

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

Y en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 25 de abril de 2019², se concluyó que 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:

$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$

2.3. Prima de navidad para soldados profesional.

El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció las partidas computables para la asignación de retiro:

(...) Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

² Consejero Ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales. (...). (Subrayas fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto la duodécima parte de la prima de navidad está incluida como partida computable en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

Adicionalmente, recalca la Sala, que el Consejo de Estado mediante providencia de fecha 6 de septiembre de 2017, radicado No. 11001-03-15-000-2017-01906-00, Consejera Ponente Rocío Araujo Oñate, al resolver una acción de tutela interpuesta contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó la inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro para los soldados profesionales, estableció:

(...)

Por otra parte, se hace necesario precisar que la sentencia de unificación de la Sección Segunda de esta Corporación, no contempló dentro de sus reglas jurisprudenciales la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro como lo afirma el actor, por el contrario la unificación de criterio se restringió a reconocer el derecho que tienen los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales a un salario básico incrementado en un 60%. Así las cosas, la autoridad judicial procedió a analizar la norma aplicable al caso, esto es el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4463 de 2004, que estableció como partidas computables el salario mensual y la prima de antigüedad; en el parágrafo de esta normativa se dispuso que "...ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro", por tanto no era viable acceder a incluir una partida que no fue contemplada.

En este orden de ideas, no se advierte el desconocimiento del precedente alegado, pues se aplicó la normativa vigente aplicable al caso, como se indicó en precedencia." (Subrayas fuera del texto).

La anterior conclusión es la misma expuesta recientemente por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de fecha 25 de abril

de 2019³, Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, fijando las siguientes reglas:

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.

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 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.

3. 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.

(...)"

2.3. Caso concreto.

2.3.1. Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante.

En el presente caso, mediante Resolución No. 1256 del 11 de febrero de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro al señor ÁLVARO ENRIQUE CASTRO LARA, en calidad de Soldado Profesional retirado del Ejército, efectiva a partir del 31 de marzo de 2015 en los siguientes términos:

«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 1º 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; y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014»

³ Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). Demandante: JULIO CÉSAR BENAVIDES BORJA. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

En la certificación obrante al folio 12 del expediente, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares señala que al Soldado Profesional (r) del Ejército ÁLVARO ENRIQUE CASTRO LARA le figura liquidada su asignación de retiro con los siguientes porcentajes y partidas computables:

SUELDO	SMMLV + 40%	\$1.032.804,00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN		70%
SUBTOTAL		\$722.963,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	$(SB*70%*38,5\%)$	\$278.341,00
SUBSIDIO FAMILIAR	$([(SB*4\%) + (SB*58,5\%)]*30\%)$	\$193.651,00
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO		\$1.194.955,00

En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa el Tribunal una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado aplicarle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

La forma correcta de hacer dicha liquidación sería así:

SUELDO	SMMLV + 40%	\$1.032.804,00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%	\$722.963,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	$\$1.032.804 \times 38,50\%$	\$397.629,00
SUBSIDIO FAMILIAR		\$193.651,00
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO		\$1.314.243,00

Comparada la liquidación efectuada por la entidad demandada, con la anterior realizada por el Tribunal, se evidencia una diferencia a favor del demandante por la suma de \$119.288,00.

En conclusión, en el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, tal como lo ordenó el *A quo*, toda vez que la entidad demandada aplicó un doble porcentaje a la misma con la siguiente fórmula: el 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 + 38.5% de la prima de antigüedad, cuando la forma correcta con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

En este sentido, será confirmada la sentencia apelada que ordenó a la entidad demandada aplicar de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, para calcular la asignación de retiro del actor.

2.3.2. Prima de navidad.

Se encuentra acreditado, que el señor ÁLVARO ENRIQUE CASTRO LARA prestó el servicio militar obligatorio, desde el 16 de junio de 1994 hasta el 10 de diciembre de 1995 como soldado regular, que posteriormente fue soldado voluntario del Ejército Nacional durante el periodo comprendido entre el 10 de enero de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003. Seguidamente, desde el 1° de noviembre de 2003, pasó a desempeñarse como soldado profesional, hasta el 31 de diciembre de 2014, por adquirir el derecho a la pensión. (Ver hoja de servicio, folio 8).

A través de Resolución No. 1256 del 11 de febrero de 2015 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al soldado profesional @ del Ejército Nacional ÁLVARO ENRIQUE CASTRO LARA. (Folios 10-11).

Así mismo se demostró, que el 2 de junio de 2017, el señor ÁLVARO ENRIQUE CASTRO LARA, elevó derecho de petición al Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro, con la inclusión, entre otros factores, de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable. (Folios 2-4).

De igual forma está acreditado, que el Profesional de Defensa Responsable del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dio contestación a la petición anterior, a través del Oficio 2017-33445 del 15 de junio de 2017, despachando de forma desfavorable lo solicitado por el actor (fls. 5-6).

Así las cosas, de conformidad con reglas legales y jurisprudenciales sentadas en unificación por el Consejo de Estado, arriba referenciadas, es evidente que los soldados profesionales no tienen derecho a que se les incluya como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, por no estar contemplado ni en la ley ni en la jurisprudencia.

Además de lo anterior, se advierte que ni siquiera en la hoja de servicio del actor, se observa que éste hubiese devengado la prima de navidad mientras estaba en servicio activo, motivo aún más para negar la pretensión invocada.

Ahora, afirma la parte recurrente, que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado y desigual entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, lo que constituye según su dicho, una afectación a los derechos de igualdad de los demandantes, por lo que podría accederse a las pretensiones declarando la excepción de inconstitucionalidad.

Frente a lo anterior, se hace necesario traer a colación lo que en la sentencia de unificación que viene siendo analizada⁴ y que constituye precedente de obligatorio cumplimiento para esta Corporación, se dijo respecto de este tema de la siguiente manera:

⁴ Ibídem (Rad. 1701-2016).

“Para dilucidar el asunto, debe darse aplicación al análisis que se efectuó al momento de definir las partidas computables para la asignación de retiro, así como a la sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994179 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005180, al concluir que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada por las siguientes razones:

i). Los sujetos pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. Los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes.

ii) La jerarquía militar es un criterio objetivo para diferenciar a los distintos grupos de miembros de la Fuerza Pública.

iii). Las diferentes categorías se encuentran en situaciones de hecho disímiles, por lo que no puede predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

Las consideraciones de la Corte se aplican en su integridad en el presente análisis, como quiera que, si bien el porcentaje de liquidación de la asignación de retiro es diferente para los oficiales y suboficiales y para los soldados profesionales, también lo es que estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos. Ello toda vez que: i) pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y ti) los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes”.

En este orden de ideas, no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

A Igual consideración se llega, respecto de la situación entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio. Pues, a voces del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, esta diferencia de trato está constitucionalmente justificada en aplicación del principio de progresividad, el cual admite que la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así, las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

Al respecto, el Consejo de Estado⁵ literalmente, adujo:

De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado. 202.

Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

Por todo, es preciso indicar que el principio de favorabilidad que alega el actor para reclamar la prosperidad de sus pretensiones, no es aplicable al presente asunto, toda vez que la norma aplicable a los Soldados Profesionales en lo relativo a las partidas computables para la asignación de retiro es suficientemente clara cuando se determina que son únicamente 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, sin que haya lugar a duda en su interpretación.

Cosa distinta, es que se pretenda obviar la existencia de una norma para darle aplicación a otra que regula una situación jurídica diferente como lo es la del personal de oficiales y suboficiales del Ejército Nacional. A lo cual si bien, esta jurisdicción venía accediendo, ello se dio como consecuencia de la ausencia de disposición normativa que consagrara tal beneficio, pero al existir actualmente en el ordenamiento jurídico dicha prerrogativa, y una posición unificada del Consejo de Estado, a estas es que se debe acudir para su reconocimiento, tal y como en efecto lo realizó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no a una diferente como lo pretende el actor.

Por las razones que anteceden, se confirmará la decisión del Juez de primera instancia, de negar la inclusión de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante.

2.3.3. Sobre las costas del proceso.

La entidad demandada manifiesta que no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial. Por tal motivo, solicita abstenerse de imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia, y revocar la condena en costas impuesta por la primera instancia contra esa entidad.

El A quo dispuso condenar en costas a la demandada atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., y conforme al artículo 366 del Código General del Proceso, fijando las agencias en derecho en el 7% de la condena.

⁵ SUJ-015-CE-52-2019.

Ahora bien, la condena en costas se halla prevista en el artículo 188 del CPACA, norma que consagra lo siguiente:

“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 Civil⁶”.

Por su parte, el artículo 361 del Código General del Proceso dispone que *“las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”*.

Así pues, las sentencias que deciden los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben resolver sobre la condena en costas, que están integradas por las expensas y gastos en que incurrió la parte durante el proceso y por las agencias en derecho. Esta regla no se aplica a los procesos en los que se ventile un interés público.

De la lectura interpretativa que ha realizado el Consejo de Estado⁷ al artículo 188 del CPACA se extrae que el término *“disponer”* en la sentencia sobre las costas contenido en dicha norma, no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y sólo, en caso de que éstas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

Precisa el Consejo de Estado en la aludida sentencia que a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetivo respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente se obstruya por acción u omisión la práctica de pruebas, etc., juicio que no efectuó este Tribunal.

Con base en lo expuesto, esta Sala acoge lo señalado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el citado fallo de tutela, en el sentido de que el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 no implica las condenas en costas de manera automática u objetiva frente a aquel que resulta vencido en el litigio. Lo anterior teniendo en cuenta que deben observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe, se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad etc., en donde el operador judicial debe ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión.

En estas condiciones, una vez realizado dicho juicio de ponderación subjetivo respecto de la conducta procesal asumida por la entidad demandada, se

⁶ Hoy Código General del Proceso

⁷ Sección Segunda –Subsección “B”, sentencia de 6 de marzo de 2017, C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, acción de tutela, expediente 11001-03-15-000-2016-02873-01

encuentra que no hay evidencias de que haya actuado de manera temeraria o con acciones dilatorias que hubiesen dificultado el curso normal del proceso, como tampoco aparecen causadas y comprobadas las costas en este asunto, razón por la cual no hay lugar a condenar en costas a la entidad demandada en ninguna de las instancias, por lo tanto, se revocará la sentencia apelada en cuanto las impuso.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 28 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oraí del Circuito Judicial de Valledupar, en el proceso de la referencia, excepto en cuanto a la condena en costas en contra de la entidad demandada, impuesta en el ordinal séptimo, la cual se revoca, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin condena en costas en ambas instancias.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 115.

DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada
-Ausente con permiso-


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado