



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, nueve de julio de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 33 001 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por las partes, contra la sentencia dictada el 28 de agosto de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

NICOLÁS ANTONIO DAZA
C.C. No. 98.472.269

2. PARTE DEMANDADA

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

3. LA DEMANDA

La parte demandante, a través de apoderado, por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la parte demandada, solicitó, en síntesis:

Que se declare la nulidad del Oficio No. 34817 de 27 de mayo de 2015, en el que se negó el reajuste de la asignación de retiro.

Que a título de restablecimiento del derecho se reajuste la asignación de retiro con el 20% adicional, con la aplicación correcta en el cálculo del valor de las partidas y porcentajes sin afectar dos veces la prima de antigüedad, con inclusión del subsidio familiar en el 70%, con inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, y con un incremento del 4% por cada año adicional a los 20 años de servicios.

Que se pague la diferencia resultante, que las sumas sean indexadas, se reconozcan intereses de mora y se condene en costas a la demandada.

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Hechos

El sustento fáctico de la demanda se reduce a lo siguiente:

El señor Nicolás Antonio Daza, prestó sus servicios como soldado voluntario y, posteriormente, fue cambiado a la categoría de soldado profesional, en la que recibió una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal incrementado en un 40%.

Posteriormente, le fue reconocida una asignación de retiro, por Resolución No. 623 de 30 de enero de 2015.

La asignación de retiro fue calculada con un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%; a la vez, se tomó el sueldo básico se sumó la prima de antigüedad en un 38,5%, a la sumatoria se le aplicó el 70%, y se incluyó el subsidio familiar en un 30%.

Previa solicitud, en el acto demandado no se reajustó la asignación de retiro con inclusión de un 20% adicional, sin tomar dos veces el porcentaje de la prima de antigüedad, con inclusión del subsidio familiar en el 70%, con inclusión de la prima de navidad, e incrementada en un 4% por cada año adicional a los 20 años de servicios. *Fls. 21 y siguientes*

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 5 de agosto de 2015, repartida al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 35 y siguientes, C. ppal.-.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, contestó la demanda a través de apoderado y en la oportunidad legal.

En la contestación, se opuso a las pretensiones y aceptó como ciertos los hechos expuestos, salvo los relacionados con los incrementos reclamados.

Planteó las excepciones de inexistencia de fundamento del reajuste del 40% al 60%, así como para la inclusión de la prima de navidad y del 4% adicional por cada año de servicios, y para la inclusión del subsidio familiar en el 70%, correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro, legalidad de las actuaciones, no violación del derecho a la igualdad, no configuración de falsa motivación, e improcedencia de la condena en costas. *Fls. 50 y siguientes*

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

De las excepciones propuestas, se corrió el traslado de ley, dentro del que la parte actora no intervino.

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

En la audiencia inicial, ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos y se dictó la sentencia. *Fls. 91 y siguientes*

7. LA SENTENCIA APELADA

Se trata de la sentencia dictada el 28 de agosto de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se declaró la nulidad del acto cuestionado, y se ordenó efectuar la reliquidación de la asignación de retiro, tomando la asignación básica en el equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, aplicar el 70% y sumar el 38,5% de la prima de antigüedad. A la vez, se negaron las pretensiones relativas a incluir el subsidio familiar en el 70%, la duodécima parte de la prima de navidad y el incremento del 4% por cada año adicional a los 20 años de servicios.

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

La **entidad demandada** apeló la decisión anterior en tiempo oportuno.

Alegó que sus actuaciones se hicieron de conformidad con las disposiciones legales, que no se vulneró el derecho a la igualdad y que no se configura la falsa motivación en el acto demandado.

Subrayó que la asignación de retiro se liquidó con aplicación la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según la cual, la asignación de retiro es igual al salario básico más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al resultado se le aplica el 70%.

Por último, adujo que la condena en costas solo procede cuando se comprueba su causación. *Fls. 129 y siguientes*

La **parte demandante** apeló la decisión anterior, para que se determine que la inclusión del subsidio familiar debe hacerse en el monto devengado en actividad, del 70%, y no en el 30% como se calculó en los actos administrativos demandados y que fue avalado por el juzgado. Pidió también que se incluya la prima de navidad. Lo anterior, lo sustentó en el principio de igualdad con los oficiales y suboficiales, a quienes les asisten tales derechos, y citó y transcribió múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado y de otros tribunales del país. *Fls. 109 y siguientes*

9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Interpuesto el recurso, se celebró la audiencia de conciliación, que se declaró fracasada. En consecuencia, el recurso fue concedido y admitido y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia. Las partes y la Procuraduría no intervinieron en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 28 de agosto de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado y los actos administrativos demandados

Con los elementos de prueba allegados, están demostrados los siguientes hechos:

El señor Nicolás Antonio Daza, prestó sus servicios en el Ejército Nacional, así: como soldado regular, desde el 14 de enero de 1994 hasta el 30 de junio de 1995, como soldado voluntario desde el 17 de julio de 1995 hasta el 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional, desde esa fecha hasta el 31 de marzo de 2015, para un total de 21 años, 1 mes y 3 días.

Por la prestación de los servicios devengó los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad, seguro de vida y bonificación de orden público. De estas, se consideraron como partidas computables para la asignación de retiro: el sueldo básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

Lo anterior consta en la hoja de servicios a folios 63 del cuaderno principal.

Con sustento en lo anterior, le fue reconocida una asignación de retiro por Resolución No. 623 de 30 de enero de 2015.

En esta resolución se consideró que el actor tenía derecho a una asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía del 70% del salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad, y en un 30% del subsidio familiar. Copia de la resolución está a folios 3 y 64 reverso y siguientes.

La asignación de retiro fue liquidada tomando una asignación básica equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%, a lo que se sumó un 38,5% de la prima de antigüedad, y al resultado se le aplicó un 70%, a lo que se adicionó el 30% del subsidio familiar, según certificación a folio 7 del cuaderno principal.

Respecto de esta prestación, el actor solicitó el reajuste, con un salario mínimo incrementado en el 60%, con la debida aplicación de la fórmula para su cálculo, sin que se afecte doblemente la prima de antigüedad, y con inclusión del subsidio familiar en el 70% y la doceava parte de la prima de navidad, e incrementada en un 4% por cada año adicional a los 20 años de servicios, en petición de 5 de mayo de 2015, que le fue negada por Oficio No. 34817 de 27 de mayo de 2015, que es el acto demandado, lo cual consta a folios 6 y siguientes y 66 y siguientes.

3. La sentencia de instancia y los cargos de la apelación

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

En contra del oficio anterior, el señor Nicolás Antonio Daza, instauró la demanda de la referencia, que fue tramitada y sentenciada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, que dispuso el reajuste de la asignación de retiro con un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% y con la aplicación de la fórmula sin afectar doblemente la prima de antigüedad.

Contra lo así resuelto, la parte demandada apeló, con sustento en que aplicó la fórmula para el cálculo de la prestación y para que se evalúe la condena en costas. La parte actora también apeló, para que se ordene la inclusión del subsidio familiar en el 70% y se incluya la prima de navidad.

Luego, en esta instancia le corresponde a la Sala, analizar si es procedente o no el reajuste de la asignación de retiro reconocida al señor Nicolás Antonio Daza. En razón a que las dos partes apelaron, la Sala resolverá sin limitaciones.

4. De la asignación de retiro para soldados profesionales

La asignación de retiro para los soldados profesionales, está contemplada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y las partidas computables para ella, están previstas en el artículo 13, numeral 2, del mismo Decreto.

En efecto, el artículo 16, establece que los soldados profesionales con 20 años de servicios tienen derecho a percibir una asignación mensual de retiro. Especifica que dicha asignación debe equivaler al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del mismo decreto; adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad. Y advierte que en ningún caso la asignación puede ser inferior a 1,2 SMLMV. El artículo dice literalmente lo siguiente:

Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por su parte, el artículo 13, establece que la asignación de retiro para los soldados profesionales, debe liquidarse teniendo en cuenta las siguientes partidas –o factores-: i) el salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y ii) la prima de antigüedad, en los porcentajes previstos en el artículo 18 del mismo decreto. En el párrafo se advierte que ninguna otra prestación o factor será computable en las asignaciones de retiro, pensiones o sustituciones pensionales. El artículo establece:

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:

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decretoley 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.

En esta normatividad se regula entonces el derecho a la asignación de retiro, las partidas computables, dentro de las cuales aparece el salario mensual que debe determinarse en los términos del Decreto 1794 de 2000, así como la fórmula para el cálculo de la asignación.

De lo anterior, su interpretación y aplicación por parte de los interesados y de Cremil, el Consejo de Estado, Sección Segunda, unificó su posición, en sentencia de 25 de abril de 2019, radicado SUJ-015-19, en torno a los siguientes aspectos: i) las partidas computables, ii) la inclusión del subsidio familiar, iii) la asignación salarial que debe aplicarse, iv) la legitimación en la causa de Cremil para decidir sobre el reajuste de esa asignación salarial, v) el cómputo de la prima de antigüedad, vi) y los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

La sentencia se articula, principalmente, en los siguientes tres pilares: i) la concordancia que debe existir entre las partidas sobre las cuales se hacen los aportes y las partidas que entonces se incluyen para la liquidación de la asignación de retiro, ii) el principio de igualdad y iii) el principio de progresividad. Al amparo de estos preceptos, en la sentencia se concluye respecto de cada uno de los temas indicados, lo siguiente:

Que 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, y 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 AL 01 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.

Que el subsidio familiar, no es partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, para quienes la causaron antes del 1 de julio de 2014, porque no estaba así previsto en el ordenamiento jurídico.

Que para los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y que posteriormente fueron incorporados como profesionales, la asignación de retiro debe liquidarse con la asignación salarial 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%, teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

sobre dicho valor. Y que para los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse con la asignación salarial 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%.

Que respecto de los primeros, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro, sin que se requiera previamente haber obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo. Que, consecuentemente, es viable que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

Que para el cálculo de la asignación de retiro, la fórmula que se desprende del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consiste en que el 70% afecta el salario y a este resultado se le suma el 38,5% de la prima de antigüedad: (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro; y no como la aplica Cremil, que toma el salario, le adiciona el porcentaje de la prima de antigüedad y sobre ese resultado calcula el 70%.

Que a los soldados profesionales no se les aplican los incrementos del Decreto 991 de 2015, que están contemplados para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

5. El caso concreto

Al amparo de esa normatividad y jurisprudencia, la Sala corrobora que al señor Nicolás Antonio Daza le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Para su liquidación, debe tomarse como asignación básica mensual, el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que remite al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, porque estaba vinculado como soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000 y pasó a ser soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003. Este reajuste del salario para la liquidación de la asignación de retiro debe ser efectuado por Cremil, siendo procedentes los descuentos a que haya lugar y sin necesidad del reajuste salarial por el Ministerio de Defensa o la fuerza a la que se prestaron los servicios, como se expone en la sentencia de unificación. Por estas razones, no prospera la apelación de la entidad demandada, y se confirmará la sentencia apelada.

En la liquidación no debe incluirse la prima de navidad, porque no es un haber contemplado como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales; lo cual, por demás, no constituye una violación del derecho a la igualdad en contraste con los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

A este respecto, en la sentencia de unificación, se explicó que para definir las partidas computables en la asignación de retiro, debe partirse de los criterios generales establecidos en la Ley 923 de 2004 que, en general, pretende una concordancia entre las partidas sobre las cuales se hacen los aportes y las partidas que se incluyen en la liquidación de la asignación de retiro, lo que se concreta en el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

2004, a la vez que se acompasa a los principios del sistema de seguridad social y al principio de sostenibilidad financiera. Esta aseveración se argumentó así:

135. Nótese cómo claramente, las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el párrafo ordena: «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».

136. Aunado a lo anterior, se considera que tal previsión se acompasa con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Superior, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, con el principio de sostenibilidad financiera incorporado a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo núm. 1 de 2005, se reafirmó tal relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, al decretar: «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones», precaución que obedece al principio de sostenimiento presupuestal, que no se estaría afectando al preservar la proporcionalidad de los aportes con el valor de la prestación, sino que permite precisamente alcanzar su objetivo.

Seguidamente, reconoció que las partidas que se computan para la asignación de retiro de los soldados profesionales son diferentes a las que se computan para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, lo cual se desprende del artículo 13, en sus numerales 1 y 2, del Decreto 4433 de 2004, respectivamente.

Sostuvo que esa diferencia era constitucionalmente admisible, pues se trata de personal en situaciones de hecho distintas, como lo son su jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y su régimen pensional especial. En este sentido, concluyó:

144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

Y sobre el principio de igualdad, remató:

147. Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que 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.

Lo anterior significa que la no inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro del señor Nicolás Antonio Daza, no trasgrede el derecho a la igualdad, pues su situación y su régimen pensional, son diferentes a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. Por esta razón, se desestima el cargo de la apelación elevado por la parte actora, y se confirmará la sentencia en cuanto negó la inclusión de la prima de navidad.

En la liquidación, debe incluirse el subsidio familiar, porque el actor se encontraba devengándolo al momento del retiro del servicio que se produjo en marzo de 2015, esto es, con posterioridad al 1 de julio de 2014. Al respecto, se corrobora que el actor devengaba el subsidio familiar, con la hoja de servicios a folios 66 reverso y siguientes. A la vez, le asiste el derecho a la inclusión de esta partida en la asignación de retiro, en el 30%, según se desprende del Decreto 1162 de 2014 y de la jurisprudencia trascrita. El Decreto establece, literalmente:

ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

A la vez, en la sentencia de unificación se expone el recuento normativo del subsidio familiar, del cual se concluye que solo fue contemplado como partida computable para la asignación de retiro en los decretos 1161 y 1162 de 2014. La sentencia aseveró lo siguiente:

185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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

Y en el párrafo siguiente aclaró:

186. Es de anotar que 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.

187. En conclusión, 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.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, consideró que no se vulneraba el derecho a la igualdad entre i) los soldados profesionales respecto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares –a quienes sí se les incluye el subsidio familiar en la asignación de retiro-, porque son dos grupos diferentes, cuyos aportes y partidas computables varían, y están amparados por regulaciones distintas; y entre ii) los soldados profesionales que consolidaron el derecho a la asignación de retiro antes de la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014, respecto de quienes lo consolidaron con posterioridad a estos decretos –a quienes se les incluirá el subsidio familiar en la asignación de retiro-, lo que fundó, esencialmente, en el principio de progresividad, en los siguientes términos:

200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite 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.

201. 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

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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.

203. En conclusión: 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.

Retomando el caso concreto, al señor Nicolás Antonio Daza le asiste el derecho a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, por estar devengándolo al momento de su retiro del servicio, efectuado con posterioridad al 1 de julio de 2014, como se deja expuesto. Esa partida debe incluirse en el 30% por así disponerlo expresamente el Decreto 1162 de 2014, lo que no viola el derecho a la igualdad en relación con otros miembros de las Fuerzas Militares, lo que desvirtúa el alegato de la parte actora de que se incluya en el porcentaje en que fue devengado en actividad, por lo que este cargo de la apelación no prospera.

Siguiendo con el caso en estudio, se tiene que la liquidación de la asignación de retiro debe hacerse con aplicación de la fórmula que se desprende del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consistente en que el 70% afecta el salario y a este resultado se le suma el 38,5% de la prima de antigüedad; en otros términos: la asignación de retiro es igual a: (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad; lo cual encuentra sustento en la jurisprudencia citada, por lo que se desestima el cargo de la apelación de la entidad demandada.

Consecuentemente, se confirmará la sentencia apelada.

6. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone 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 procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a estas normas, y a la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, para la condena en costas se tienen en cuenta criterios objetivos, y no criterios subjetivos, como lo sería la actuación de las partes con mala fe o temeridad; por lo cual, es acertada la condena en costas en primera instancia, y no prospera la apelación que en ese sentido elevó la entidad demandada.

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00429 01
Actor: NICOLÁS ANTONIO DAZA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

La Sala no condenará en costas en esta instancia, porque los criterios para el reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales se unificaron mientras este proceso estaba en curso.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

F A L L A

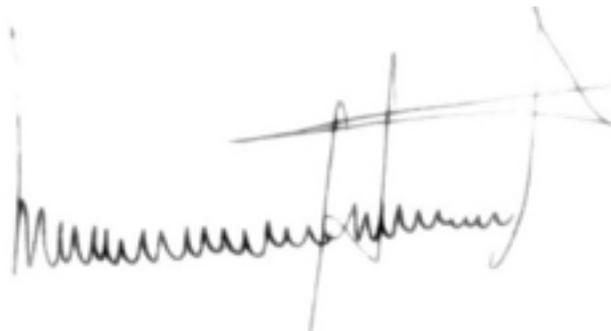
PRIMERO: Confirmar la sentencia dictada el 28 de agosto de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, según lo expuesto.

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

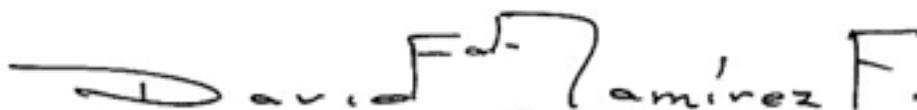
Los Magistrados



CARLOS H. JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO