



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

-SALA DE DECISIÓN 001–

SENTENCIA No. 048

Popayán, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-33-31-006-2016-00340-01
Demandante: Jaime Martín Quiñones Rodríguez
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares–CREMIL-
Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia del 22 de enero de 2018, mediante la cual el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA la fundamenta la parte actora así:

1.1. PRETENSIONES (fol. 12 c. ppal. 1)

Jaime Martín Quiñones Rodríguez, solicitó que se declare la nulidad del acto No. 2016-17126 del 17 de marzo de 2016, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.

Que título de restablecimiento del derecho, se condene a CREMIL a reconocer y pagar i) el incremento o reajuste del 20% de la asignación de retiro; ii) la reliquidación sin tomar dos veces el porcentaje a la prima de antigüedad; iii) la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje que devengaba en actividad; y iv) la inclusión de *“todo el dinero devengado en actividad como contraprestación a sus servicios”*.

Que dichos valores sean indexados; que se reconozcan intereses y que se condene en costas a la demandada.

1.2. Como HECHOS (fol. 12 vto. y 13 c. ppal. 1), alegó los siguientes:

Que se vinculó al Ejército Nacional como Soldado Voluntario con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000.

Que a partir del 1° de noviembre de 2003, su vinculación varió a la de Soldado Profesional.

Que le fue reconocida su asignación de retiro mediante Resolución No. 3731 del 02 de agosto de 2011.

Que mediante oficio del 14 de enero de 2016, solicitó que i) se incluyera el 20% adicional en la asignación de retiro, teniendo en cuenta el SMLMV + 60%; ii) se reliquidara sin tomar dos veces el porcentaje a la prima de antigüedad; iii) se incluyera el subsidio familiar en el 70%; iv) se incluyeran, por igualdad, los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Que los anteriores pedimentos fueron negados mediante oficio 2016-17123 del 17 de marzo de 2016, notificado el 01 de abril del mismo año.

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS

1.3.1. NORMAS VIOLADAS:

- CONSTITUCIONALES: artículos: 13, 25, 29, 53, 58.

- LEGALES: leyes 4ª de 1992 y 1437 de 2011; decretos 1793 y 1794 de 2000, y 4433 de 2004.

1.3.2. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Que debía declararse la nulidad del acto demandado por falta de aplicación de lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, ya que se había liquidado el SMLMV más el 40%, cuando la norma establece, para los soldados que, a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la calidad de voluntarios, que la asignación salarial correspondía al SMLMV más el 60%.

Que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, no se liquidó en debida forma la prima de antigüedad; ya que CREMIL debe tomar los porcentajes individuales, tal y como lo determina la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Que también debía incluirse, por igualdad, el subsidio familiar como partida computable para su asignación de retiro.

2. LA CONTESTACIÓN (fol. 39-43 c. ppal. 1)

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, se opuso a las pretensiones argumentando, en síntesis, que la asignación de retiro del demandante se reconoció con base en las normas que rigen la materia, particularmente las contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y en los artículos 234 y 235 del D.L. 1211 de 1990.

Que conforme el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se debe tener en cuenta el inciso 1° del Decreto 1794 de 2000, que indica solamente un incremento del 40% del sueldo básico; porcentaje aplicado por la entidad. Además, que en el evento de accederse a tal pedimento, debía tenerse en cuenta que la legitimación en la causa por pasiva en ese punto, recaía exclusivamente en el Ejército Nacional.

Que dichas normas no establecen factores adicionales a los utilizados por la entidad, por lo que no resulta procedente el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable.

Con respecto de la prima de antigüedad, enunció que en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del citado 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.

3. SENTENCIA APELADA (fol. 54-71 *ib.*)

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del acto administrativo 2016-17126 del 17 de marzo de 2016, proferido por la CAJA DE SUELDOS -sic- DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en cuanto negó el incremento de la asignación el -sic- retiro incluyendo el 20% adicional sobre la asignación básica, la correcta la -sic- liquidación de la prima de antigüedad y la inclusión del subsidio familiar.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, una vez la NACION MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL, re liquide la asignación en servicio del señor JAIME MARTIN QUIÑONES RODRIGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.917.528, deberá tener en cuenta los nuevos valores a fin de proceder a reliquidar la asignación en retiro del actor, teniendo en cuenta como partidas computables de la asignación en retiro: Sueldo básico, asignación básica, y la prima de antigüedad en la forma como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Una vez reliquidada la pensión, se restarán los valores ya cancelados y las diferencias que se liquiden a favor del accionante, serán actualizadas, mes a mes por cada Asignación cancelada, por tratarse de pagos sucesivos, conforme al artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{IPC (final)}{IPC (inicial)}$$

CUARTO: NO DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, en consecuencia la diferencia por concepto de reliquidación debe reconocerse a partir del 28 de febrero de 2016, fecha de reconocimiento de la asignación de retiro.

QUINTO: Dar cumplimiento a los artículos 187 a 195 del CPACA.

SEXTO: Condenar en costas a LA CAJA DE SUELDOS -SIC- DE RETIRO LAS FUERZAS MILITARES y; a favor de la parte demandante beneficiaria parcial de la condena. Por Secretaría liquídense las costas y agencias en derecho.

SÉPTIMO: Por Secretaría liquídense los gastos del proceso, y devuélvase parcialmente de la suma que se ordenó cancelar por concepto de gastos ordinarios del proceso si la hubiere, dejando las constancias de rigor y una vez ejecutoriada para su cumplimiento. La Secretaría remitirá los oficios correspondientes.

OCTAVO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda”.

Como sustento de su decisión, argumentó lo siguiente:

Que estaba demostrado que el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, declaró la nulidad del oficio No. 20145660440801 emanado de la Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional que negó el pretendido ajuste sobre su asignación en servicio activo y ordenó que dicha entidad le reconociera al aquí demandante, como asignación mensual, el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% desde el 19 de enero de 2010.

Que la orden de reliquidar la asignación básica en actividad, incidía a su vez en la reliquidación de la asignación de retiro.

Que por lo mismo, erró la entidad demandada al efectuar la liquidación de la prima de antigüedad, ya que desconoció el tenor literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004

Que frente a la inclusión del subsidio familiar, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado al aplicarla sólo en la liquidación de los oficiales y suboficiales, y dejando por fuera a los soldados profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión; por lo que debía inaplicarse por vía de excepción dicha normativa.

Que la prima de navidad no fue incluida como factor percibido en la hoja de servicios, por lo que no podría solicitar su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro.

Que la bonificación de orden público no es partida computable según el Decreto 4433 de 2004, ni siquiera para los oficiales y suboficiales; por lo que no podría tampoco acudirse a un criterio de igualdad para buscar su reconocimiento.

Que se había configurado la prescripción de las diferencias por reliquidación causadas con anterioridad al 25 de febrero de 2013, teniendo en cuenta que la asignación de retiro fue reconocida mediante Resolución No.3771 del 02 de agosto de 2011, que la petición había sido radicada el 25 de febrero de 2016 y que la demanda fue interpuesta el 04 de octubre de 2016.

4. LA APELACIÓN (fol. 100-104 c. ppal. 1)

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando que se revocara la sentencia de instancia, con base en los siguientes argumentos:

Que conforme el 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro debía liquidarse de la siguiente manera:

$$\frac{\text{“Salario básico} = \text{SMLMV (100\%)} + \text{(incremento en un 40\%)} = 140}{\text{Prima de antigüedad} = 38.5\%}$$

Asignación de retiro:

$$\underline{70\% = (\text{sueldo básico} + 38.50 \text{ de Prima de Antigüedad})”}$$

Que la actuación de la entidad al momento de liquidar el salario básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar, se ciñó a la normativa que rige la materia.

Finalmente hizo transcripción de normas referentes a las costas procesales y agencias en derecho, y alegó que no habían demostrado.

No obstante, mediante auto No. 470 del 03 de abril de 2018, proferido en el trámite de la conciliación judicial adelantado ante el *a quo*, se aceptó el desistimiento parcial del recurso de apelación de la parte demandada, “*referente al reajuste del 40 y 60% y al subsidio familiar*”. Y se continuó el trámite con los demás cargos de alzada, esto es, frente a la prima de antigüedad y las costas.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante de la Procuraduría ante esta Corporación guardó silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2. LA CADUCIDAD

Como quedó visto, el presente asunto versa sobre una prestación periódica, por lo que no resulta aplicable el fenómeno de caducidad en virtud de previsto en el artículo 164, numeral 1, literal “c” del CPACA.

3. COMPETENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

3.1. El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *ad-quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.

Ello se armoniza con lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

3.2. En el asunto de autos y teniendo en cuenta el desistimiento parcial del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, corresponde a la Sala definir si al demandante, en su condición de soldado profesional (R) del Ejército Nacional, debe reliquidársele su asignación de retiro conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, correctamente liquidado 38.5% de la prima de antigüedad. También, si resulta procedente o no la condena en costas impuesta por la primera instancia.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 924 del 6 de septiembre de 2005, declaró exequible el artículo 6° de la Ley marco 923 de 2004, la que a su vez fue reglamentada en cuanto al régimen pensional y asignación de retiro por el Decreto 4433 de 2004.

En su artículo 13, frente a las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, específicamente para soldados profesionales, estableció que serán partidas computables el salario mensual y la prima de antigüedad, y en su parágrafo estipuló que solo las partidas señaladas en esta disposición legal eran computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustitución pensional. Al respecto, indicó:

“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 6o 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.

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 1o 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.”

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, previó una asignación de retiro para los soldados profesionales, estableciendo que el cómputo de la prima de antigüedad en la liquidación, de la siguiente manera:

“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”.

Según lo expuesto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que contempla cuáles son las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, no prevé para los soldados profesionales el subsidio familiar.

Y en lo que respecta a la duodécima parte de la prima de navidad, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta integra las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales.

Frente a lo anterior, se suscitaron controversias judiciales en cuanto los soldados profesionales solicitaron tanto el subsidio familiar como la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, en aplicación del principio de igualdad. Y como existían posiciones encontradas sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de abril de 2019¹, unificó su posición estableciendo las siguientes reglas:

“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 fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

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%² para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000³ 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.

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

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 25 de abril de 2019. Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19. Consejero ponente: William Hernández Gómez

² Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

³ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

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:

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

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.

7. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

8. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.”

Con la anterior providencia, la Alta Corporación aclaró que no resulta procedente tener como partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales, la prima de navidad, bonificaciones o algún otro reconocimiento que no esté taxativamente estipulado por el legislador o el gobierno en sus disposiciones; y condicionó el reconocimiento del subsidio familiar, únicamente, para quienes hayan causado su asignación con posterioridad al mes de julio de 2014, esto es, a partir de la expedición del Decreto 1162 de 2014, con el cual se incluyó dicho subsidio como computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Finalmente, estableció que las consideraciones constituían precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para

todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de dicha sentencia son retroactivos.

5. EL CASO CONCRETO

Según se vio, conforme a los cargos de apelación vigentes, únicamente debe revisarse la inclusión de la prima de antigüedad.

Con la Hoja de Servicios (fol. 48 c. ppal. 1), se tienen las siguientes vinculaciones: i) soldado regular entre el 02 de mayo de 1991 y el 17 de noviembre de 1992; ii) soldado voluntario, entre el 18 de noviembre de 1992 y el 31 de octubre de 2003; y iii) como soldado profesional entre el 1° de noviembre de 2003 y el 29 de agosto de 2011 –incluyendo los 3 meses de alta-.

Que mediante Resolución No. 3731 del 02 de agosto de 2011 (fol. 9-10 *ib.*), se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del actor, a partir del 30 de agosto de 2011, en los siguientes términos:

“En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011) 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 por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.”.

Según se vio, CREMIL ordenó erróneamente, la liquidación de la asignación de retiro conforme al inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, cuando al actor le resultaba aplicable el inciso segundo *ib.*, por lo que resulta procedente ordenar el reajuste del 20% sobre el salario mensual devengado.

Empero, dicha situación también incide en la prima de antigüedad, ya que, se recalca, la asignación de retiro está compuesta por el 70% del salario mensual (correctamente liquidado) más un 38.5% de la prima de antigüedad.

Ahora bien, alega CREMIL frente a este tópico, que la asignación es equivalente al 70% del salario, incrementado en 38.50% de la prima de antigüedad; para el efecto, señaló que se utilizaba la siguiente fórmula:

“70% = (sueldo básico + 38.50% de Prima de Antigüedad)”

Sin embargo, el Consejo de Estado, en su sentencia de unificación, precisó que el anterior método no se acompasa a lo previsto por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2000, *“toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro”.*

Por el contrario, se explicó que la norma prevé que la asignación mensual de retiro equivale al 70% del salario indicado en el numeral 13.2.1 (en los términos ya explicados), adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad, *“lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad”*.

En consecuencia, de acuerdo con la regla número 5 del fallo de unificación, para liquidar la asignación de retiro, debe tomarse en el 70% de la asignación salarial, 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 devengaba el actor al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, con base en la siguiente fórmula:

$$\text{“(salario x 70\%) + (salario x 38.5\%) = Asignación de Retiro”}$$

Por lo anterior, en este punto, no tiene vocación de prosperidad el cargo de alzada presentado por la parte demandada.

Finalmente, si bien en la parte considerativa de la sentencia de instancia se explicó que se había configurado la prescripción de las diferencias por reliquidación causadas con anterioridad al 25 de febrero de 2013, toda vez que la asignación de retiro fue reconocida mediante Resolución No. 3771 del 02 de agosto de 2011, que la petición de reliquidación había sido radicada el 25 de febrero de 2016 y que la demanda fue interpuesta el 04 de octubre de 2016, esto es, sin que hubieran transcurrido los 3 años de trata el Decreto 4433 de 2004; lo cierto es que en el numeral cuarto de la parte resolutive se consignó:

“CUARTO: NO DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, en consecuencia la diferencia por concepto de reliquidación debe reconocerse a partir del 28 de febrero de 2016, fecha de reconocimiento de la asignación de retiro”.

Sin embargo, conforme lo determina el inciso 2 del artículo 187 del CPACA⁴, si bien el *ad quem* tiene competencia para resolver sobre las excepciones de fondo, propuestas o no, lo cierto es que dicha norma aclara que tal pronunciamiento procede *“sin perjuicio de la no reformatio in pejus”*.

De esta manera, si se modifica dicho numeral, la situación se haría más gravosa para la entidad, quien ostenta la calidad de apelante único, por lo que la decisión de instancia se mantendrá en este sentido.

⁴ “(...) En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.”

6. COSTAS

6.1. EN PRIMERA INSTANCIA

La demandada argumentó que debía revocarse la condena en costas, teniendo en cuenta que no estaban demostradas.

El artículo 306 CPACA remite al CGP en lo que “*sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo*”. Por ello se requiere dos aspectos: el primero, que el Contencioso no regule el tema y, el segundo, que el General no sea incompatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones.

Al tiempo que el 188 del CPACA señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la condena y liquidación de costas.

De tal precepto se evidencia, primero, que hace parte de la sentencia la condena en costas y que, por tanto, se puede impugnar aquella exclusivamente para cuestionar la legalidad de estas y, segundo, que se pasa de un criterio subjetivo de imposición a otro de carácter objetivo.

En efecto, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, modificó el 171 del Código Contencioso Administrativo, establecía: “*Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil*”. En él existía un criterio subjetivo para imponer las costas, pues, se requería un comportamiento desleal y de alguna manera negligente o entorpecedora del respectivo agente procesal. Así fue pacíficamente interpretado por la jurisprudencia y la misma Corte Constitucional en la C-043 de 2004.

Empero, la disposición fue expresamente derogada por el artículo 306 del CPACA y al aplicarse el CGP, las costas adquieren un carácter objetivo de estricto contenido procesal que se imponen a la parte que, entre otras hipótesis, resulte vencida en el proceso, en el incidente o en cualquiera de trámites señalados en el artículo 365 de la última codificación⁵.

⁵ ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

Tal es la razón para que al momento de fijarse las agencias en derecho se ordene a la secretaría que liquide las costas procesales, esto es, que incluya los demás gastos que se hayan causado. Circunstancia esta que explica que el numeral 8º del artículo mencionado disponga que sólo haya lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

La aplicación de las anteriores reglas del CGP a los procesos contencioso administrativos, no es contraria al CPACA, primero, porque no existe en esta norma alguna que lo impida y, segundo, porque el hecho que legalmente se haya cambiado el criterio subjetivo por el objeto se ubica dentro de la libre configuración del legislador, que no desconoce tampoco principios constitucionales⁶.

En efecto, el Consejo de Estado, sentencia de 5 de abril de 2018⁷, reiteró que la condena en costas opera bajo un criterio “*objetivo valorativo*”.

Y como en este caso, la parte demandada resultó vencida en primera instancia, la condena en costas resultaba procedente.

6.2. EN SEGUNDA INSTANCIA

Finalmente, el artículo 365 del Código General del Proceso, señala: “*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...)*”.

Pese a que se cumplen con las previsiones del artículo en mención, en el *sub iudice*, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, ya que han existido tesis contrarias sostenidas por el Consejo de Estado, que debieron ser aclaradas recientemente en la sentencia de unificación ya mencionada.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o la mala fe. (...)

2 La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la aquella. (...)

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 07 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14). C.P. William Hernández Gómez

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Rad. No.: 70001 23 33 000 2013 00198-01 (3454-14), Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, al tenor de lo expuesto.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia.

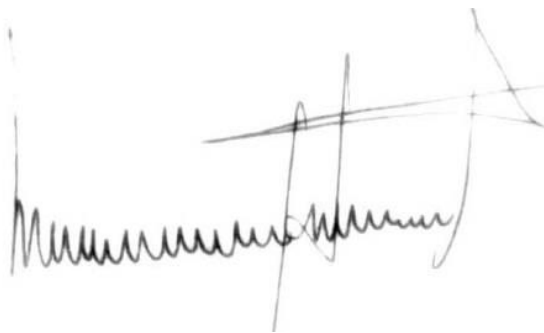
TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, una vez ejecutoriada esta providencia, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

A handwritten signature in black ink, consisting of several vertical strokes and a large, sweeping horizontal stroke that curves to the right.

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ