



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

Popayán, veintitrés (23) de abril de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-33-33-005-2017-000157-01**
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACTOR: **SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA**
DEMANDADO: **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL**

SENTENCIA No. 045

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la Sentencia No. 223, proferida en audiencia inicial llevada a cabo el 21 de noviembre de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda¹.

El señor SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad del acto 2016-73216 de 06 de noviembre de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, requirió que se ordene a la entidad demandada lo siguiente:

- a. Se reajuste y reliquide la asignación de retiro tomando como salario básico mensual, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, como lo establece el Decreto 1794 de 2000, a él aplicarle el 70%.
- b. Que se reconozca y reliquide la asignación de retiro reconocida al demandante, incluyendo la partida del subsidio familiar en la misma proporción que devengaba en actividad, dado que esta solo fue reconocida en un 30%.
- c. Se reajuste la asignación de retiro, incluyendo todas las partidas devengadas en actividad, como primas, bonificaciones, sobresueldos, entre otros.
- d. Se disponga sobre la indexación sobre todos los valores adeudados.

1.2.- Supuestos fácticos.

Arguye que se encontraba vinculado al Ejército Nacional desde el 15 de agosto de 1997, en calidad de soldado voluntario. Que al igual que todos quienes se

¹ Folios 18-23 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

desempeñaban en esa categoría, se denominación cambió a soldados profesionales a partir del mes de noviembre de 2003, personal para el cual se estableció una asignación básica consistente en un salario mínimo incrementado en un 60%.

Que laboró al servicio del Ejército Nacional por el lapso de 20 años, 4 meses y 17 días, situación que le otorgó el derecho de ser beneficiario de una asignación de retiro, reconocida a través de Resolución No. 3953 de 03 de junio de 2016.

Expresa que en la liquidación efectuada por la entidad demandada al momento del reconocimiento pensional se tomó la asignación básica en un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en 40%, y a ello le tomó el 70%. Además, que se reconoció el subsidio familiar en 30%, vulnerando así el derecho de igualdad, pues a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, dicha partida les es reconocida en la misma proporción que devengaban en actividad.

Además que, cuando se encontraba en actividad, devengaba asignación básica, subsidio familiar, prima de antigüedad, bono de orden público, cesantías, vacaciones, y primas, dineros que, indica, no fueron incluidos en la liquidación de la prestación.

Que por lo anterior, mediante petición radicada el 10 de octubre de 2016 ante la entidad demandada, se solicitó el reajuste de la asignación de retiro, lo cual fue negado mediante el acto acusado.

1.3.- La oposición.

1.3.1.- Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL².

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, esbozando los siguientes argumentos:

Que al demandante le fue reconocida asignación de retiro al haber acreditado un tiempo de servicios de 20 años, 04 meses y 17 días, con fundamento en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y según la hoja de servicios militares.

Propuso la excepción de legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las F.F.M.M., para lo cual argumentó que dicho ente ha actuado conforme la normatividad vigente que rige la materia, dado el carácter especial del régimen de la Fuerza Pública.

Adicionalmente esbozó la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, en cuanto al reajuste solicitado de la asignación básica, esto es, el salario mínimo incrementado en 60%. Ello por cuanto, dicha reclamación debe adelantar ante el Ministerio de Defensa, al ser la encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública y ser la entidad que expida la hoja de servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Que en el proceso en el cual se emitió la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, en la cual se ordena dicho reajuste, no fue vinculada dicha Caja. Situación que ha sido avalado en diferentes fallos de tutela.

Añade que se aplicó correctamente la fórmula para la liquidación de la prestación, pues, conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro

² Folios 52-57 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

debe liquidarse en el equivalente al 70% del salario básico incrementado en un 38,5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha aplicado la entidad. Trae al plano de estudio la sentencia de 20 de septiembre de 2013, dentro del proceso 20120008601, proferida por la Sección Segunda – Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Añade que no existe desconocimiento del derecho a la igualdad, pues no corresponde a la Caja realizar las interpretaciones sobre la ley; luego, el Decreto 4433 de 2004, establece los parámetros para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Añade que no se configura falsa motivación en las actuaciones de CREMIL, ni existe violación al derecho a la igualdad o causal de nulidad alguna de los actos demandados.

Respecto de las costas procesales y las agencias en derecho, señaló conforme el artículo 365 del Código General del Proceso, ellas solo proceden si en el expediente aparecen causadas y comprobadas.

1.4.- Actuación relevante en primera instancia

Durante el saneamiento del proceso a realizarse en el trámite de la audiencia inicial, la *a quo* consideró necesario integrar a la litis, la Resolución No. 3953 de 2016, mediante la cual, se reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro al demandante.³

1.5. La sentencia apelada⁴.

Mediante sentencia del 21 de noviembre de 2018, proferida en audiencia inicial, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán accedió parcialmente a las pretensiones.

Frente al caso concreto, en cuanto el reajuste del salario básico en un 20% adicional, encontró que al haber ingresado en calidad de soldado voluntario desde el 15 de agosto de 1997 y posteriormente ser vinculado en calidad de soldado profesional desde el 01 de noviembre de 2003, correspondía el reajuste deprecado, en razón a que, conforme la interpretación que debe realizarse a las normas que rigen la materia, la asignación salarial corresponde a un salario mínimo incrementado en un 60% y no en 40%, como lo hizo la entidad demandada.

Que dicho incremento del 40%, únicamente aplica para el personal vinculado a partir del 1º de enero de 2004, pues el Decreto 1794 de 2000, previó una transición para los vinculados antes del 31 de diciembre de 2000, como ocurrió con el demandante. Añadió que mediante Resolución No. 1122 de 17 de abril de 2018, se reconoció el incremento del sueldo básico en un 20% adicional, a partir del 25 de julio de 2016, ello no se indexó y se desconocía si se había hecho efectiva.

Sobre el subsidio familiar indicó que aunque el legislador tiene la facultad de expedir normas que otorguen un trato diferencial, ello debe tener un fundamento racional y objetivo en concordancia con la finalidad de la norma. Así, consideró que dado que a los oficiales y suboficiales se les reconocía dicha partida en igual

³ Folio 81 vlto. C. Ppal.

⁴ Folios 82 vlto-88 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

proporción a la devengada en actividad, se incurría en un trato discriminatorio al establecer, para los soldados profesional, que el subsidio familiar fuera reconocida en un 30% del devengado en actividad. Por lo tanto, ordenó el reajuste deprecado.

En cuanto a la prescripción, manifestó que el artículo 172 del Decreto 1211 de 1990, estableció este fenómeno en 4 años, contados a partir de que el derecho se hizo exigible. Que aunque el Decreto 4433 de 2004, señaló un término de prescripción de 03 años, el Consejo de Estado ha inaplicado dicho lapso.

Conforme a ello, consideró no había operado la prescripción dado que la entidad reconoció el derecho desde el 25 de julio de 2016 y la demanda se presentó el 26 de mayo de 2017. Condenó al pago de costas en 0.5% de las pretensiones.

Finalmente ordenó:

“PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 3952 de 03 de junio de 2016 por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro al señor Segundo Zambrano Galarza y la nulidad plena del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. 0073213 consecutivo 201673215 de 04 de noviembre de 2016, mediante el cual la entidad demandada niega la reliquidación de la asignación de retiro, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del Derecho, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL, RELIQUIDARÁ la asignación de retiro del señor Segundo Zambrano Galarza, a partir del 25 de julio de 2016, así:

- El SUELDO BÁSICO, como partida computable debe ser un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%, teniendo en cuenta la Resolución 17299 de 17 de abril de 2019.

- Inaplicar el art. 1º del Decreto 1162 de 2004 y en consecuencia la partida computable del subsidio familiar, se liquidará en el porcentaje devengado a la fecha del retiro.

TERCERO.- Las sumas diferenciales resultantes a pagar se ajustarán aplicando para ello mes a mes la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia, teniendo en cuenta los pagos que se hayan realizado con ocasión de la Resolución 11299 de 17 de abril de 2018.

CUARTO.- Niéguese las demás pretensiones de la demanda.”

1.6.- El recurso de apelación.

1.6.1.- Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL⁵.

Manifiesta que conforme los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro debe liquidarse de la siguiente manera:

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

Asignación de retiro:

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

⁵ Folios 108-113 Ibíd.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

Insiste en que debe declararse la **prescripción** del derecho, según el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

Hace una transcripción de normas referente a las costas procesales y agencias en derecho, y señala que en el presente asunto no se acreditó las costas reclamadas como causadas.

Que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece que el subsidio familiar será reconocido en el porcentaje en que se encuentre reconocido a la fecha del retiro y que según ello, el actor devengaba por esta partida, el 4% de los haberes computables para el año 2014. Que conforme a esto, el Decreto 1162 de 2014, establece que esta es partida y será computable en 30% del valor.

1.7.- Actuación en segunda instancia.

A través de auto del 26 de marzo de 2019, se admitió la alzada⁶. Por providencia de 02 de abril siguiente, se corrió traslado para que presentaran sus alegatos de conclusión⁷.

Ni **las partes** ni la **representante del Ministerio Público** se pronunciaron en esta fase procesal.

II. CONSIDERACIONES.

2.1.- Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esta Sala de Decisión actuando como Juez de segunda instancia se limitará a los cargos de la apelación, en los términos de los artículos 320 y 328 del CGP.

2.2.- Caducidad.

Teniendo en cuenta que el derecho alegado trata sobre prestaciones periódicas, no está sujeto al término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el literal c) del numeral 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

2.3.- El problema jurídico.

Le corresponde a esta Corporación determinar si debe ser modificado o revocado el fallo de instancia, en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para resolver lo anterior, el Tribunal abordará lo siguiente: i) marco normativo y jurisprudencial del régimen salarial y prestacional aplicable a los soldados voluntarios incorporados posteriormente como profesionales; ii) la asignación de retiro y las partidas computables de la prestación de los soldados profesionales y iii) el caso concreto.

2.4.- Marco normativo y jurisprudencial de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

⁶ Folio 6 C. Segunda Instancia.

⁷ Folio 9 Ibid.

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.

Frente a la interpretación de esta norma, se generaron posiciones contrarias entre CREMIL y el Consejo de Estado. La entidad demandada ha señalado que la liquidación corresponde al salario adicionando el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70% para calcular la mesada. Por el contrario, el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha entendido que la correcta aplicación de la norma se da si se tiene en consideración el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual⁸.

Por su parte, 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. Así se estableció:

“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 60 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:

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicación: 660012333000201300079 01(2898-14), Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez.

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.”

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.

Dadas las anteriores controversias, el Consejo de Estado se vio en la necesidad de emitir sentencia de unificación⁹ dado que se encontraban posiciones disímiles en los diferentes tribunales administrativos del país mediante providencia del 25 de abril de 2019. En ella dispuso 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 fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

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

- 1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*
- 1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.*
- 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%¹⁰ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹¹ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.*

⁹ 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

¹⁰ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

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

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 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:*
 - 4.1. *La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.*
 - 4.2. *Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.*
5. *Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:*
$$(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$
6. *La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.*
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.”*

En ese orden, y dado el carácter vinculante de las sentencias de unificación, esta Corporación resolverá el caso concreto, observando las reglas jurisprudenciales antes señaladas. Máxime, cuando en el numeral segundo de dicha sentencia, se 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

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

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

2.6.- Caso concreto.

En el asunto de autos, la censura respecto de la providencia de primer grado se limita a lo siguiente, i) la forma de liquidación de la asignación de retiro, ii) el porcentaje de inclusión del subsidio familiar, iii) prescripción y iv) la condena en costas.

Razón por la cual, no se hará ninguna consideración sobre aspectos adicionales y que se encuentren en concordancia con las pretensiones de la demanda, pues se insiste, la competencia del *ad quem* se encuentran limitada a los motivos de inconformidad del apelante único, como es el caso.

- De la base para liquidar la asignación de retiro del actor.

Según la Hoja de Servicios número 3-98428756¹² que reposa en el plenario, el señor SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA estuvo vinculado a las Fuerzas Militares como soldado voluntario desde el 16 de agosto de 1997, hasta el 31 de octubre de 2003; y luego, como soldado profesional desde el primero de noviembre de 2003, hasta el 25 de abril de 2015.

Mediante Resolución No. 3953 de 03 de junio de 2016, le fue reconocida una asignación de retiro, efectiva desde el 25 de julio de 2016¹³.

En este orden de ideas, es evidente que el demandante para el 31 de diciembre de 2000, ostentó el estatus de soldado voluntario, y desde el 1º de noviembre de 2003 fue incorporado al régimen de soldado profesional.

Al respecto, en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, antes reseñada, a efectos de fijar la regla de unificación No. 04, realizó las siguientes consideraciones:

46. El Tribunal Administrativo de Casanare estimó que el salario que se debía tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro del soldado que pasó de ser voluntario a profesional por virtud del Decreto 1793 de 2000, debía ser objeto de unificación por razones de importancia jurídica y trascendencia económica y social, en consideración a que este aspecto es relevante para todos los soldados profesionales que se encuentran en la misma situación fáctica frente a esta prestación.

47. Al respecto, encuentra la Sala que es necesario esclarecer la incidencia del inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 en el salario del personal anteriormente mencionado, para efectos de determinar su impacto en la liquidación de la asignación de retiro, habida cuenta de que dicha norma dispone:

ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley

¹² Folio 10 C. Ppal.

¹³ Folios 11-12 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

48. El contenido normativo transcrito fue objeto de diferentes apreciaciones en sede judicial, pues, en unos casos, se consideró ajustada a derecho la interpretación según la cual, los soldados voluntarios incorporados como profesionales debían devengar un salario mínimo incrementado en un 40%, mientras que en otras oportunidades, se admitió que lo que correspondía era un salario mínimo mensual incrementado en un 60%. Esto promovió que se instauraran procesos en los que se reclamó un ajuste del 20%, situación que hizo imperativo que esta corporación efectuara un pronunciamiento de unificación jurisprudencial sobre el punto objeto de controversia en la sentencia del 25 de agosto de 2016, en la cual se fijaron las siguientes reglas:

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.

49. De lo anterior, se observa que la segunda regla establecida en esta sentencia hizo referencia a la asignación salarial mensual de los soldados profesionales y en la tercera y la cuarta a un reajuste prestacional, sin embargo, en tal providencia no se abordó el estudio ni se definieron las reglas relativas al porcentaje de incremento que debe tenerse en cuenta en la asignación de retiro de los soldados profesionales, en atención a que este aspecto no era objeto de debate en aquella oportunidad.

50. Ahora bien, examinados los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el tema se encuentran varios, especialmente dentro de acciones de tutela,

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

en los cuales, mayoritariamente, se concluyó que era válido, de acuerdo con la norma, entender que a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, debía liquidárseles la asignación de retiro en un salario mínimo acrecentado en el 60% , toda vez que esta interpretación se acompasaba con el criterio jurisprudencial definido en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 , antes citada.

Así, al asunto bajo examen, conforme la regla fijada por el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, resulta aplicable el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, según el cual, *“quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”*; tal como lo dispuso la *a quo*.

Así entonces, el cargo de apelación propuesto por la entidad demandada no está llamado a prosperar dado que corresponde liquidar la asignación de retiro teniendo en cuenta el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%, y no como lo pretende hacer ver el extremo pasivo de la *litis*.

Sin embargo, observa esta Corporación que mediante Resolución No. 11299 de 2018, CREMIL ordenó *“el incremento del sueldo básico como partida computable dentro de la Asignación de Retiro del señor Soldado Profesional (R) del Ejército SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA (...), con cargo al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 25 de julio de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo”*¹⁴

En el acto en mención también se ordenó el pago de los valores que resulten de dicho incremento, a partir del 25 de julio de 2016.

Luego, no habría lugar al restablecimiento del derecho deprecado en cuanto al reajuste de la asignación básica que sirvió de fundamento para la liquidación de la prestación, pues ello ya se realizó mediante el acto en cuestión. Sin embargo, coincide esta Corporación con la *a quo*, que de la lectura del acto administrativo no se desprende que se ordenara la indexación de las sumas adeudadas, por lo que en este punto, se dejará incólume la decisión de instancia.

Además, conforme los argumentos de la citada sentencia de unificación, 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. Razón por la cual, deberá modificarse la sentencia de instancia en ese sentido.

- De la prima de antigüedad.

Alega CREMIL frente a este tema, que la asignación de retiro debe liquidarse con fundamento en la siguiente ecuación:

“70% = (sueldo básico + 38.50% de prima de antigüedad)”

¹⁴ Folio 98-101 C. Ppal.

En otras palabras, la entidad demandada considera que del tenor literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2000 se desprende la asignación de retiro es el equivalente al 70% del salario, incrementado en 38.50% de la prima de antigüedad. Pese a ello, en las pretensiones de la demanda, nada se dijo al respecto y tampoco se ordenó su modificación en la sentencia de instancia. Luego, no habría lugar a pronunciarse sobre el tópico en cuestión.

- Del subsidio familiar.

Alega en síntesis la parte demandada que dicho emolumento ha debido incluirse en valor del 30% devengado en actividad.

Dado que el actor causó su derecho con posterioridad al mes de julio de 2014 (25 de julio de 2016), es necesario observar la regla de unificación número 2, según la cual “[/]os 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”. Para ello, el Consejo de Estado hizo las siguientes consideraciones:

5.4. Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

176. En primer lugar, es importante señalar que, en términos de la Corte Constitucional, el subsidio familiar se puede definir como «una prestación social legal de carácter laboral y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar».

177. Por su parte, la Ley 21 de 1982 concibió el subsidio familiar como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo 1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2).

178. En lo que respecta a su pago, el artículo 5 ejusdem reguló las diferentes modalidades así:

- En dinero: se daría como una cuota monetaria por cada persona a cargo que le diera derecho a la prestación.*
- En especie: se reconocería en alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos u otros bienes distintos al dinero.*
- En servicios: es aquel beneficio que se otorgaría mediante la utilización de las obras y programas sociales organizados por las cajas de compensación familiar.*

179. Ahora, en el artículo 13 de la Ley 21 de 1982 se precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían. Así, para las Fuerzas Militares, el Decreto 1211 de 1990 reguló el derecho para los oficiales y suboficiales, en los artículos 79 y siguientes,

y para los soldados solo se concibió hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que le confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengarlo durante el servicio, en los siguientes términos:

ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.

180. Más adelante y en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 por medio del cual se derogó la anterior disposición. Sin embargo, la dejó a salvo para aquellos que ya la venían devengando, en los siguientes términos:

«PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio».

181. Por su parte, el párrafo segundo de esta norma aclaró que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

182. Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

183. Ahora bien, en desarrollo de las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014. Adicionalmente, en el artículo 5, se incluyó el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo, en los siguientes términos:

Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; 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 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

184. En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de

marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014 el cual, en su artículo 1 previó lo siguiente:

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.

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,*
- 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 .*

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 ese orden, dado que según se observa de la hoja de servicios, el actor devengaba el subsidio familiar en un 4%, debe entenderse que ello estaba regulado conforme el Decreto 1794 de 2000. Así, la liquidación en la asignación de retiro, debía calcularse conforme las previsiones del artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, según la cual, debe tomarse en un 30% del valor de lo devengado en actividad.

En ese orden, no encuentra fundamento alguno la orden dada por la *a quo* en el sentido de ordenar la inclusión en el porcentaje devengado en actividad, pues conforme la regla jurisprudencial en cita y el Decreto 1794 de 2000, corresponde un 30% de lo devengado en actividad, tal como lo realizó la entidad demandada, según se observa en la proyección de la asignación de retiro¹⁵.

¹⁵ Folio 14 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

De lo anterior, no se puede predicar una vulneración al derecho a la igualdad dado que a los oficiales y suboficiales se les reconoce dicha partida en porcentaje igual al que devengaban en actividad, no están sometidos a un mismo régimen jurídico, por lo tanto, no hay medida de comparación predicable de los mismos.

En diferentes oportunidades, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han establecido que el grupo de oficiales y suboficiales se encuentran en situación disímil frente al grupo de soldados profesionales, en atención a la categoría de jerarquía militar y la naturaleza de sus funciones, lo cual justifica la existencia de un trato diferente legislativa y reglamentariamente respecto de sus prestaciones sociales.

Así las cosas, el cargo de apelación está llamado a prosperar y por tanto, deberá modificarse la sentencia de instancia dado que dicho emolumento fue incorporado respetando la legislación vigente y las reglas jurisprudenciales pertinentes, por lo tanto, no existe vicio en el acto que negó el reajuste de este concepto.

- Prescripción.

Manifiesta la entidad demandada que ha debido estudiar este fenómeno con fundamento en el Decreto 4433 de 2004. Al respecto, observa esta Corporación que la *a quo* estableció que no se había configurado dicho fenómeno con fundamento en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que establecía una prescripción cuatrienal.

Sobre este punto, ha dicho el Consejo de Estado que el término de prescripción de tres años del Decreto 4433 de 2004, solo regula los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004, pues la eficacia de las normas opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicación retroactiva¹⁶. A su vez, ha indicado que la normatividad aplicable para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, es la vigente al momento en que se produzca la desvinculación o retiro del policial o militar.

Pese a que a través de sentencia de 04 de septiembre de 2008, radicado interno 0628-08, dicha Corporación indicó que en tratándose del término de prescripción establecido en la norma en comentario, el Ejecutivo había excedido los términos de la potestad reglamentaria, en sentencia del 10 de octubre de 2019¹⁷, al estudiar la demanda de nulidad presentada contra el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, explicó lo siguiente:

“105. Los anteriores parámetros resultan igualmente válidos tratándose de la potestad de configuración del Ejecutivo en la reglamentación de las leyes marco, en atención a la posibilidad que ello conlleva de regular aspectos sustanciales y adjetivos de la materia, dentro de los cuales se encuentra el término de prescripción.

106. Adicionalmente, estima la Sala que el ejercicio de tal potestad se encuentra igualmente limitado, en virtud de la jerarquía normativa, por las normas

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 27 de abril de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-01915-01(0572-15)- Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 10 de octubre de 2019, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015), medio de control: Nulidad.

constitucionales y convencionales y, por el contenido mismo de la ley marco que desarrolla, que para el caso de la Ley 923 de 2004 está definido por la materia, esto es, el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y, por los principios, objetivos, criterios y mínimos que allí se señalaron como parámetro para la regulación que debía observar el Gobierno Nacional en la fijación del aludido régimen.

107. Definido como está que el Ejecutivo estaba habilitado para regular el tema de la prescripción al reglamentar el régimen prestacional de la Fuerza Pública, es importante analizar si el término trienal de prescripción previsto por el legislador en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 responde a los criterios anteriormente citados.

108. Para el efecto, es del caso señalar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-072 de 1994, analizó la disposición que establece el término de prescripción de tres años que prevé el artículo 151 del Decreto ley 2158 de 194864 y el artículo 50565 del Decreto ley 2663 de 1950, para el ejercicio de las acciones previstas con el fin de exigir los derechos que esos cuerpos normativos consagran. En dicha providencia, la Corte sostuvo que las normas en comento no vulneran el núcleo esencial del derecho al trabajo, toda vez que esas disposiciones hacen oportuna la acción. Igualmente indicó que una prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad de exigir tales derechos a quienes devengan su sustento de su trabajo, razonamiento sobre el cual concibe este término en favor del trabajador. 109. A la par, resaltó la conveniencia de consagrar una prescripción de corto plazo dado el beneficio mutuo que conlleva para los extremos de la relación laboral, al lograr la definición de la situación jurídica de manera tal que se atienden los postulados de inmediatez y prontitud, lo que no ocurriría con una prescripción de largo plazo. Señaló además que el aludido término prescriptivo no vulnera el derecho a la igualdad toda vez que no conlleva discriminación alguna para el trabajador, sino que le brinda oportunidad para presentar su reclamación en tiempo, en beneficio de la seguridad jurídica.

110. Todo lo anterior, le permitió concluir que el mencionado término de prescripción no vulneraba en modo alguno la Constitución Política.

111. Ahora bien, al revisar el término de prescripción trienal señalado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 se observa que este cumple con los parámetros de validez normativa en materia procesal, definidos anteriormente, dado que: i) No vulnera los principios, los criterios, los objetivos o los mínimos previstos en la Ley 923 de 2004; ii) atiende los principios y fines esenciales del Estado; iii) permite la realización material de los derechos sustanciales que el régimen pensional y de asignación de retiro consagra; iv) no vulnera derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública; v) la medida tiene un fin legítimo y constitucionalmente válido, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1994, vi) no se observa que la misma desborde los principios de razonabilidad y proporcionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la prescripción trienal es la regla general en materia laboral y ese término ha sido considerado válido por el máximo Tribunal Constitucional .

112. Aunado a lo anterior, es importante resaltar el beneficio para el interés general que conlleva la medida, habida cuenta de que los recursos de las mesadas prescritas no pueden destinarse a otros fines distintos a los señalados en el referido artículo 43, en cuanto dispone: «Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso», norma

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

que se ajusta a los principios de solidaridad y equidad que inspiran dicho régimen y al criterio señalado por la Ley 923 de 2004, en su artículo 2.5 así: «Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.»

113. Conclusión: El primer inciso del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que previó un término de prescripción trienal para las asignaciones y pensiones previstas en dicha norma, no fue expedido con vulneración del numeral 11 del artículo 189 ni del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, por haber incurrido en exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria al desarrollar la Ley 923 de 2004. Por lo expuesto, La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que se impone denegar las pretensiones de la demanda.”

Es claro, entonces, que el término de prescripción trienal que trajo el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, se atempera a la Constitución Política y se enmarca en la potestad reglamentaria frente al desarrollo de la Ley 923 de 2004, por lo que cuenta con plena vigencia.

En ese orden de ideas, dado que al demandante le fue reconocida su asignación de retiro, con efectos fiscales a partir del 25 de julio de 2016, esto es, estructuró su derecho después del 2004, le asiste razón al extremo pasivo de la litis en tanto que para el término de prescripción debe observarse lo reglado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, según el cual *“las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.”*

Pese a ello, y como presentó la solicitud de reajuste el 13 de octubre de 2016¹⁸ y la demanda el 05 de abril de 2017¹⁹, tal y como lo indicó la *a quo*, no se encuentra afectados de prescripción los reajustes solicitados.

- De las costas de primera instancia.

Frente a este cargo específico, resulta pertinente indicar que existe diferencia entre costas y agencias en derecho. La primera es *“aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”*, conformada por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las agencias en derecho, por su parte, *“no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho”*²⁰. Entonces aquellas corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial.

Ahora bien, el Juez Contencioso Administrativo debe condenar en costas a la parte vencida²¹, que de acuerdo con las modificaciones que trajo consigo el

¹⁸ Folio 6 C. Ppal.

¹⁹ Folio 24 C. Ppal.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2009

²¹ Ley 1437 de 2011. *“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

Código General del Proceso²², ya no se considera la conducta procesal asumida por las partes, si no el sólo hecho de haber sido derrotada, al tratarse de un criterio objetivo²³. Entonces, ya no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino solo aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365.

Así entonces, dado el carácter objetivo que comportan las costas procesales donde no resulta relevante la actividad de las partes, y dado que, contrario a lo aducido por la parte demandante, en el plenario se acredita el pago de gastos del proceso por parte del extremo activo de la *litis*²⁴ y la actividad del abogado, no hay lugar a exonerar de costas procesales ni de las agencias en derecho.

2.7. Costas de segunda instancia.

El artículo 188 del CPACA, dispone que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, la disposición del procedimiento civil pertinente, ahora contenida en el artículo 365 del Código General del Proceso, señala:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. 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. (...).”

Comoquiera que prosperó parcialmente el recurso propuesto por la entidad demandada, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia.

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,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR parcialmente la sentencia No. 233 de 21 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, la cual quedará así:

“PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 3952 de 03 de junio de 2016 por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro al señor Segundo Zambrano Galarza y la nulidad plena del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. 0073213 consecutivo 201673215 de 04 de noviembre de 2016, mediante el

²² Ley 1564 de 2012. Artículo 361. Composición. (...) Las costas serán **tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente**, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes.”

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 07 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

²⁴ Folio 34 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-005-2017-00157-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

cual la entidad demandada niega la reliquidación de la asignación de retiro, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL, liquidará la asignación de retiro del señor SEGUNDO ZAMBRANO GALARZA, identificado con la C.C. No. 98.428.756, en los siguientes términos:

- El salario básico será liquidado aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el día 25 de julio de 2016, en los términos de la Resolución 11299 de 17 de abril de 2018.

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.

TERCERO.- Las sumas diferenciales resultantes a pagar se ajustarán aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia, teniendo en cuenta los pagos que se hayan realizado con ocasión de la Resolución 11299 de 17 de abril de 2018.

SEGUNDO.- CONFIRMAR los demás numerales de la Sentencia No. 233 de 21 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán.

TERCERO.- ABSTENERSE de condenar en costas de segunda instancia, conforme a lo señalado en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

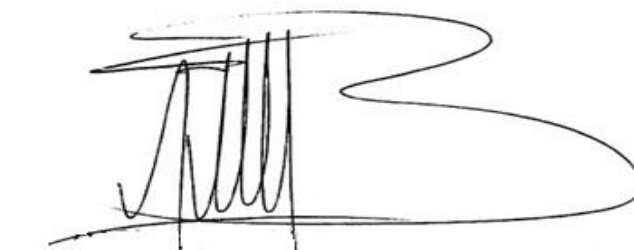
Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ