



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

-SALA DE DECISIÓN 001 –

SENTENCIA No. 070

Popayán, siete (07) de mayo de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-33-31-005-2016-00282-01
Demandante: Milsen Camilo Obando
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 las partes, contra la Sentencia del 03 de julio de 2018, mediante la cual el Juzgado Quinto 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. 11 c. ppal. 1)

Milsen Camilo Obando, solicitó que se declare la nulidad del OF 32242 del 2016-05-16, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, negó i) el reconocimiento y pago del incremento o reajuste del 20% de la asignación de retiro; ii) la reliquidación sin tomar dos veces el porcentaje a la prima de antigüedad; y iii) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Que título de restablecimiento del derecho, se condene a CREMIL a reconocer y pagar los valores indexados de la actualización de su mesada conforme a los reajustes antes mencionados; que se condene en costas a la demandada.

1.2. Como HECHOS (fol. 11-12 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. 422 del 2016-FEB-04.

Que mediante oficio DP 20160503, 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 la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro; iv) que se actualizara el derecho pensional y v) que se expidiera copia electrónica del expediente pensional.

Que los anteriores pedimentos fueron negados mediante OF 32242 del 2016-05-16.

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS

1.3.1. NORMAS VIOLADAS:

- CONSTITUCIONALES: artículos: 1, 2, 4, 5, 13, 29, 42, 43, 44, 53, 93 y 150.

- LEGALES: leyes 4ª de 1992, 923 de 2004, 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, la prima de navidad contenida en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, como partida computable para su asignación de retiro.

2. LA CONTESTACIÓN (fol. 36-40 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.

Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva; correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro; inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste solicitado; cobro de lo no debido y buena fe; y la no configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL.

3. SENTENCIA APELADA (fol. 63-69 *ib.*)

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

“PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del oficio No. 32242 de 16 de mayo de 2016, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste de la asignación de retiro al actor, 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, expedirá el acto administrativo mediante el cual reajuste la asignación de retiro del señor MILSEN CAMILO OBANDO identificado con la cédula de ciudadanía número 10.694.403, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, es decir con base en un salario mínimo legal mensual incrementado en un sesenta (60%), a partir del 30 de marzo de 2016.

TERCERO.- De igual forma deberá la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES realizar la liquidación de la asignación de retiro, respecto de la asignación promedio y la prima de antigüedad, de acuerdo con el tenor literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y lo indicado por el Consejo de Estado en marzo de 2017, según lo expuesto anteriormente.

CUARTO: Las sumas diferenciales resultantes a pagar entre el 16 de marzo de 2016, respecto de los numerales anteriores, se ajustarán aplicando para ello mes a mes la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Por tratarse de sentencia condenatoria, al tenor del inciso 4° del artículo 192 del CPACA, en el evento de ser apelada en debida forma se citará a audiencia de conciliación previa a la concesión del mismo.

SEPTIMO: La condena se cumplirá en los términos de los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO: Se condena en costas en los términos ordenados, de conformidad con lo expuesto.

NOVENO: Por Secretaría líquidense y devuélvanse los gastos del proceso si a ello hubiere lugar y archívese el expediente una vez ejecutoriada. (...)”.

Como sustento de su decisión, argumentó lo siguiente:

Que debía acogerse la posición contenida en la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16, proferida por el Consejo de Estado, radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15), por lo que al actor le resulta aplicable el inciso segundo del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, que establece un incremento del 60% de la asignación mensual –y no de 40% como lo hizo la entidad-; que debía ordenarse el reajuste del 20% sobre el salario mensual devengado.

Que por lo mismo, erró la entidad demandada al efectuar una doble afectación de la prima de antigüedad al invertir el orden de aplicación de los porcentajes; por lo que debía reliquidarse la prestación.

Que frente a la inclusión de la prima de navidad, 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, por lo que no resulta procedente su reconocimiento.

4. LA APELACIÓN

4.1. DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (fol. 84-86 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 en sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2013, dentro del proceso con radicado

110001333503020120008601, se aclaró que CREMIL ha realizado correctamente la liquidación de la asignación de retiro, en estos casos.

Que debía revocarse la condena en costas, por cuanto no estaban demostrados actos dilatorios ni temerarios encaminados a perturbar el procedimiento.

4.2. DE LA PARTE ACTORA (fol. 87-93 *ib.*)

Solicitó que se revoque parcialmente la sentencia de instancia para que, en su lugar, se reajuste la asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Recalcó que se desconoce el principio de igualdad, dado que a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, se les incluye dicha partida en el mismo porcentaje que devengaban en actividad; discriminación que no tiene justificación alguna.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante de la Procuraduría ante esta Corporación no presentó concepto de fondo.

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 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, en cuantía equivalente al 70% del salario mensual, correctamente liquidado, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad. También, si resulta procedente o no la inclusión de la doceava de la prima de navidad en el porcentaje devengado en actividad.

4. DE LA ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

La Ley 131 de 1985 *“Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”*, establecía en su artículo cuarto que quien prestara su servicio militar voluntario, devengaría *“una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto”*.

Con el Decreto 1793 de 2000, se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares; y en virtud del artículo 38 de dicha norma, se profirió el Decreto 1794 de 2000 *“Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”*, en cuyo artículo 1°, se indicó lo siguiente:

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

Según se ve, dicha norma diferencia dos grupos de soldados profesionales: los

primeros, vinculados a partir del 31 de diciembre de 2000, quienes tienen derecho a devengar un salario mínimo incrementado en un porcentaje del 40%; y los segundos, quienes venían vinculados como soldados voluntarios y luego pasaron a ser profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a devengar un salario mínimo más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

El Consejo de Estado, en sentencia del 25 de agosto de 2016, unificó su jurisprudencia sobre el incremento del 20% del salario básico de los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales, estableciendo las siguientes reglas:

- 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%.

- Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% debe efectuarse de manera indexada los descuentos de ley (aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar) en la proporción que corresponda.

- Que dicha sentencia no era constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20%; por lo que la reclamación debería atenerse a las reglas sobre prescripción contenida en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990.

5. 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 6º 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 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

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.

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.

6. EL CASO CONCRETO

Según se vio, la primera instancia, reconoció el reajuste de la asignación de retiro del actor con el aumento del 20% de la asignación básica; la inclusión de la prima de antigüedad y negó la prima de navidad; aspectos en los que la Sala dividirá su análisis.

6.1. BASE PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

En la Hoja de Servicios (fol. 50 c. ppal. 1), se tienen las siguientes vinculaciones: i) soldado regular entre el 03 de marzo de 1995 y el 31 de agosto de 1996; ii) soldado voluntario, entre el 21 de octubre de 1996 y el 31 de octubre de 2003; y iii) como soldado profesional entre el 1° de noviembre de 2003 y el 30 de marzo de 2016 –incluyendo los 3 meses de alta-.

Que mediante Resolución No. 422 del 04 de febrero de 2016, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del actor, a partir del 30 de marzo de 2016, en los siguientes términos:

“En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2552 de 30 de Diciembre de 2015) 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, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 20% del subsidio familiar, de conformidad con lo señalado en el artículo 5° del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014⁴”.

De lo anterior, se desprende que para el 31 de diciembre de 2000, el actor fungía como soldado voluntario, y que fue vinculado como profesional a partir del 1° de noviembre de 2003. Además, que su asignación de retiro le fue liquidada conforme el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario aumentado en un 40%.

Empero, conforme a los parámetros de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y que posteriormente fueron incorporados como profesionales, como es el caso del demandante, debe ser liquidada conforme a la asignación a la que tenía 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%, y no en un 40%, como lo hizo la entidad.

Por ello, le asiste razón a la *A quo* en ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del actor.

Sin embargo, no puede desconocerse que el mismo fallo de unificación precisó que, en todo caso, *“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*

⁴ Mediante Resolución No. 2415 del 07 de abril de 2016, se ordenó el aumento en 3 puntos porcentuales, esto es, del 20% al 23% de la partida de subsidio familiar. (Fol. 53-54 c. ppal. 1)

correspondía al empleador"; orden que no quedó consignada en la sentencia de instancia, por lo que deberá adicionarse en este punto.

6.2. 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.

No obstante, 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:

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

Sin embargo, el Consejo de Estado, en su sentencia de unificación, precisó que el anterior método no se acompasa con 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"*.

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.

6.3. DE LA PRIMA DE NAVIDAD

En la sentencia de primera instancia, se negó la pretensión de tomar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro, una duodécima parte de la prima de navidad.

Conforme el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es factor computable para la asignación de retiro de oficiales y suboficiales, la “13.1.8 *Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro*”. Sin embargo, dicha partida no fue dispuesta por el legislador respecto de los soldados profesionales.

Al respecto, en la regla 1 de la sentencia de unificación, se 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.

Así, contrario a lo planteado en la apelación, no puede incluirse la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro del actor.

7. COSTAS

7.1. 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.

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 objetivo 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*".

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.*

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.

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

7.2. 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, ya que han existido tesis contrarias sostenidas por el Consejo de Estado, que debieron ser aclaradas recientemente en la sentencia de unificación ya mencionada

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: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, el cual quedará así:

“SEGUNDO.- A título de restablecimiento del Derecho la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, expedirá el acto administrativo mediante el cual reajuste la asignación de retiro del señor MILSEN CAMILO OBANDO identificado con la cédula de ciudadanía número 10.694.403, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, es decir con base en un salario mínimo legal mensual incrementado en un sesenta (60%), a partir del 30 de marzo de 2016.

En todo caso, 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.”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

TERCERO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

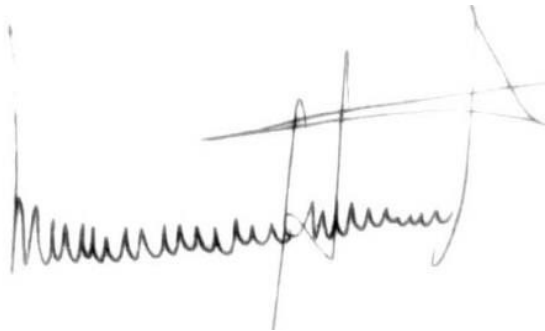
CUARTO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

QUINTO: 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



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ