



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

Popayán, diecinueve de marzo de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por las partes demandante y demandada, contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2017, en la audiencia inicial, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
C.C. No. 94.380.284

2. PARTE DEMANDADA

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

3. LA DEMANDA

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

Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Del Oficio No. 35857 de 29 de mayo de 2015, en el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro.

Que a título de restablecimiento del derecho se reajuste la asignación de retiro, con el 20% adicional, con la aplicación correcta en el cálculo del valor de las partidas y porcentajes sin afectar dos veces la prima de antigüedad, y con inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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

Hechos

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

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

Posteriormente, le fue reconocida una asignación de retiro, por Resolución No. 854 de 4 de febrero de 2015.

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

Previa solicitud, en el acto demandado se negó el reajuste de la asignación de retiro con inclusión de un 20% adicional, sin tomar dos veces el porcentaje de la prima de antigüedad y con inclusión de la prima de navidad.

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 16 de septiembre de 2015, repartida al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 29 y siguientes, C. ppal.-.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

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

Planteó las excepciones de legalidad de las actuaciones, existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar, no violación del derecho a la igualdad, correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro, inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del 40% al 60%, prescripción y no configuración de falsa motivación. *Fls. 40 y siguientes.*

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

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

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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

7. LA SENTENCIA APELADA

Se trata de la sentencia dictada el 26 de julio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva para el reajuste del 20% deprecado en la asignación de retiro; a la vez, se declaró la nulidad del acto demandado y a título de restablecimiento del derecho se ordenó la aplicación de la fórmula para el cálculo de la prestación, aplicando el 70% al salario mensual y luego sumarlo al 38,5% de la prima de antigüedad, así como la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad percibida por el actor.

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

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

Alegó, esencialmente, que aplicó en debida forma la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro, y que la normatividad especial aplicable al actor, no contempla la inclusión de la doceava de la prima de navidad en dicha prestación. Pidió también que se analice el mérito para la condena en costas. *Fls. 156 y siguientes*

La **parte demandante**, también apeló la decisión anterior, con sustento, esencialmente, en que CREMIL sí se encuentra legitimada en la causa para reconocer y pagar el incremento del 20% en la asignación de retiro, por tratarse de un derecho consolidado a favor del señor Quinayás, lo cual ha sido reconocido y decretado en múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado, que se sirvió citar y transcribir en extenso. *Fls. 115 y siguientes*

9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Interpuesto el recurso, se celebró la audiencia de conciliación, que se declaró fracasada. En consecuencia, el recurso fue concedido y admitido y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia. Las partes no intervinieron. El Ministerio Público conceptuó que se modifique la sentencia, porque a su juicio, la entidad demandada está legitimada para efectuar el reajuste de la asignación de retiro, y que se confirme en lo demás, a folios 16 y siguientes.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado y los actos administrativos demandados

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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

El señor Hernei Rodrigo Quinayás, prestó sus servicios en el Ejército Nacional, así: como soldado regular, desde el 2 de abril de 1993 hasta el 18 de noviembre de 1994, como soldado voluntario desde el 1 de abril de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional, desde esa fecha hasta el 31 de marzo de 2015, para un total de más de 20 años.

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

Lo anterior consta en la hoja de servicios a folios 54 reverso y siguientes del cuaderno principal.

Con sustento en lo anterior, le fue reconocida una asignación de retiro por Resolución No. 854 de 4 de febrero de 2015.

En esta resolución se consideró que el actor tenía derecho a una asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía del 70% del salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad. Copia de la resolución está a folios 3 y 66 y siguientes.

La asignación de retiro fue liquidada así: el 70% del sueldo básico, que se tomó igual a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%, luego se sumó el 38,5% por la prima de antigüedad, a lo que se le aplicó el 70%. Esto consta a folio 5.

Respecto de esta prestación, solicitó el reajuste, con la debida aplicación de la fórmula para su cálculo sin que se afecte doblemente la prima de antigüedad, y con inclusión de la doceava parte de la prima de navidad, en petición de 5 de mayo de 2015, que le fue negada por Oficio No. 35857 de 29 de mayo de 2015, que es el acto demandado, lo cual consta a folios 6 y siguientes.

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

En contra del oficio anterior, el señor Hernei Rodrigo Quinayás instauró la demanda de la referencia, que fue tramitada y sentenciada por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, que resolvió: i) negar el reajuste de la asignación de retiro tomando el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, bajo la consideración que no había legitimación en la causa de Cremil, pero ii) accedió a reajustar la asignación de retiro, con inclusión de la doceava de la prima de navidad, y con modificación de la fórmula aplicada para no afectar doblemente la prima de antigüedad.

Contra lo así resuelto, la parte actora apeló para que se acceda al reajuste la asignación de retiro, tomando el equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, y no en un 40% como lo hizo la entidad, porque esa es la asignación básica del actor en su

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

calidad de soldado profesional según el inciso 2 del Decreto 1794 de 2000. A la vez, la entidad demandada recurrió, para que se revoque el reajuste de la asignación de retiro, con sustento en que la prima de navidad no está contemplada en el ordenamiento jurídico como partida computable para la asignación de retiro, y con fundamento en que aplicó debidamente la fórmula para el cálculo de la prestación reconocida.

Luego, en esta instancia le corresponde a la Sala, analizar si es procedente o no el reajuste de la asignación de retiro reconocida al señor Hernei Rodrigo Quinayás, en su calidad de soldado profesional, i) con el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, ii) con inclusión de la doceava parte de la prima de navidad y iii) con la debida aplicación de la fórmula para que no se afecte doblemente la prima de antigüedad.

4. De la asignación de retiro para soldados profesionales

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

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

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

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

ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.2 Soldados Profesionales:

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

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

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

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

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

Que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: i) aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad, y ii) todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el AL 01 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

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

Que para los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y que posteriormente fueron incorporados como profesionales, la asignación de retiro debe liquidarse con la asignación salarial a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor. Y que para los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse con la asignación salarial a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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

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

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

5. El caso concreto

Al amparo de esa normatividad y jurisprudencia, la Sala corrobora que al señor Hernei Rodrigo Quinayás le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Para su liquidación, deben tomarse como asignación básica mensual, el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que remite al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, porque estaba vinculado como soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000 y pasó a ser soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003. Este reajuste del salario para la liquidación de la asignación de retiro debe ser efectuado por Cremil, siendo procedentes los descuentos a que haya lugar y sin necesidad del reajuste salarial por el Ministerio de Defensa o la fuerza a la que se prestaron los servicios.

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

A este respecto, en la sentencia de unificación, se explicó que para definir las partidas computables en la asignación de retiro, debe partirse de los criterios generales establecidos en la Ley 923 de 2004 que, en general, pretende una concordancia entre las partidas sobre las cuales se hacen los aportes y las partidas que se incluyen en la liquidación de la asignación de retiro, lo que se concreta en el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a la vez que se acompasa a los principios del sistema de seguridad social y al principio de sostenibilidad financiera. Esta aseveración se argumentó así:

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

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

parágrafo ordena: «En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales».

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

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

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

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

Y sobre el principio de igualdad, remató:

147. Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Lo anterior significa que la no inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro del señor Hernei Quinayás, no trasgrede el derecho a la igualdad, pues su situación y su régimen pensional, son diferentes a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

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

Por lo anterior, no se mantendrá la decisión de la A quo de declarar la falta de legitimación en la causa de CREMIL. Consecuentemente, se modificará la declaratoria de nulidad del acto administrativo cuestionado, en el sentido de declarar su nulidad parcial, en cuanto no se reajustó la asignación de retiro del actor con la asignación básica mensual equivalente al salario mínimo legal mensual incrementado en el 60%, y no se aplicó la fórmula que se desprende del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en los términos que se dejan expuestos.

Consecuentemente, se modificará el restablecimiento del derecho, en el sentido de ordenar a Cremil el reajuste de la asignación de retiro reconocida al actor, así: el salario mensual, que debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% según lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, multiplicado por el 70%, y luego adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad; lo anterior con base en la siguiente fórmula:

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

Y ordenar pagar la diferencia arrojada entre el valor cancelado por asignación de retiro y el valor que resulte una vez efectuada la reliquidación de dicha asignación de retiro. Las sumas resultantes serán indexadas con aplicación de la fórmula usualmente empleada para dicho efecto en esta jurisdicción, y que fue explicada en la sentencia apelada.

Habrà 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, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

La Sala aclara que en este proceso no se discutieron otros reajustes en la asignación de retiro, por lo que no son objeto de pronunciamiento alguno.

6. Costas de esta instancia

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

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

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

III. DECISIÓN

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

F A L L A

PRIMERO: Modificar los numerales primero, segundo y tercero, de la parte resolutive de la sentencia dictada el 26 de julio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia, los cuales quedarán así:

"Primero: Declarar la nulidad parcial del oficio No. 35857 de 29 de mayo de 2015, por cuanto no reajustó la asignación de retiro del actor con la asignación básica mensual equivalente al salario mínimo legal mensual incrementado en el 60%, y no aplicó la fórmula que se desprende del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en los términos que se dejan expuestos.

Segundo y tercero: a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL:

Reajustar la asignación de retiro reconocida al señor Hernei Rodrigo Quinayás, así: en el salario mensual, que debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% según lo dispuesto por el inciso final del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, multiplicado por el 70%, y luego adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad; lo anterior con base en la siguiente fórmula:

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

Pagar la diferencia arrojada entre el valor cancelado por asignación de retiro y el valor que resulte una vez efectuada la reliquidación de dicha asignación de retiro. Las sumas resultantes serán indexadas con aplicación de la fórmula usualmente empleada para dicho efecto en esta jurisdicción, y que fue explicada en la sentencia.

Expediente: 19001 33 33 006 2015 00370 01
Actor: HERNEI RODRIGO QUINAYÁS
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

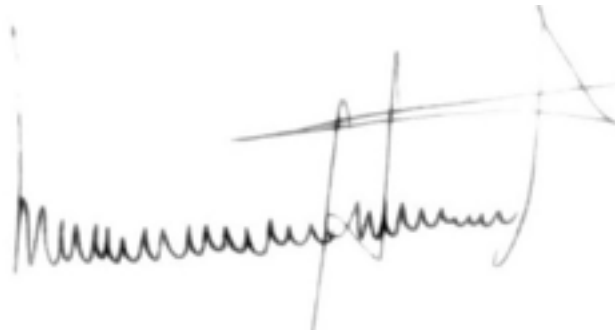
Los demás numerales de la sentencia quedan iguales. Y las demás pretensiones de la demanda se entienden denegadas.

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

CUARTO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

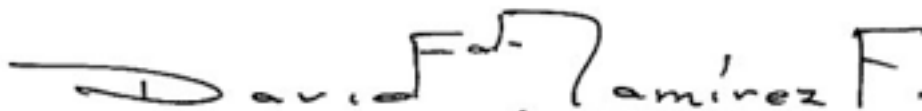
Los Magistrados



CARLOS H. JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO