



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

Popayán, treinta de abril de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 31 008 2015 00172 01
Actor: EDILSEN VALENCIA BALANTA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2017, en la audiencia inicial, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

EDILSEN VALENCIA BALANTA
C.C. No. 80.490.714

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. 2014 36089 de 30 de mayo de 2014, en el que se negó el reajuste de la asignación de retiro, tomando un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%.

Expediente: 19001 33 33 008 2015 00172 01
Actor: EDILSEN VALENCIA BALANTA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Del Oficio No. 2014 28784 de 8 de mayo de 2014, en el que se negó el reajuste de la asignación de retiro tomando el 70% del salario y adicionando el 38,5 de la prima de antigüedad.

Que a título de restablecimiento del derecho se reliquide la asignación de retiro, teniendo como base el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, y tomando el 70% del salario, adicionado con el 38,5% de la prima de antigüedad.

Que se paguen los dineros resultantes de la diferencia, debidamente indexados, se reconozcan intereses moratorios y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Hechos

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

El señor Edilsen Valencia Balanta, prestó su servicio militar obligatorio, luego como soldado voluntario y como soldado profesional.

Le fue reconocida una asignación de retiro, por Resolución No. 2432 de 17 de marzo de 2014.

La asignación de retiro fue liquidada con un salario mínimo incrementado en un 40%; y tomando la sumatoria del salario más el 38,5% de la prima de antigüedad, a lo que se le aplicó el 70%.

Previas solicitudes, en los oficios demandados se negó el reajuste de la asignación de retiro. *Fls. 19 y siguientes*

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 8 de mayo de 2015, repartida al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 39 y siguientes, C. ppal.-.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

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, inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del 40% al 60%, y correcta aplicación de la fórmula de liquidación. *Fls. 68 y siguientes.*

Expediente: 19001 33 33 008 2015 00172 01
Actor: EDILSEN VALENCIA BALANTA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

De las excepciones propuestas se corrió el traslado de ley, dentro del que la parte actora no intervino. *Fls. 105 y siguientes.*

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 15 de noviembre de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. *Fls. 110 y siguientes*

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

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

Aseveró que reconoció la asignación de retiro con aplicación de la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, en el equivalente al 70% del salario básico incrementado en un 38,5% de la prima de antigüedad.

Pidió que se estudie la condena en costas, porque no actuó en forma dilatoria ni temeraria. *Fls. 127 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. La parte actora alegó a folios 14 y siguientes. La entidad demandada y el Ministerio Público no se pronunciaron en esta instancia.

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 15 de noviembre de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado y los actos administrativos demandados

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

Expediente: 19001 33 33 008 2015 00172 01
Actor: EDILSEN VALENCIA BALANTA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

El señor Edilsen Valencia Balanta, prestó sus servicios en el Ejército Nacional, así: como soldado regular, desde el 25 de junio de 1992 hasta el 30 de diciembre de 1993, como soldado voluntario desde el 1 de enero de 1994 hasta el 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional, desde esa fecha hasta el 1 de mayo de 2014, para un total de 21 años, 9 meses y 4 días.

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

El tiempo de servicios y las partidas mencionadas, constan en la hoja de servicios a folios 13 y 56 del cuaderno principal.

Con sustento en lo anterior, le fue reconocida una asignación de retiro por Resolución No. 2432 de 17 de marzo de 2014.

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, efectiva a partir del 30 de abril de 2014. Copia de la resolución está a folios 15 y 63 reverso.

La asignación de retiro fue liquidada tomando el salario mínimo incrementado en un 40%, sumado al 38,5% de la prima de antigüedad, a todo lo cual se le aplicó el 70%, según constancia a folio 17 del cuaderno principal.

El señor Edilsen Valencia solicitó, el 5 de mayo de 2014, el reajuste de la asignación de retiro, para que se tome el 70% del salario y se adicione el 38,5% de la prima de antigüedad, lo que fue negado por Oficio No. 28784 de 8 de mayo de 2014, en el que se explicó que, de conformidad con las normas aplicables, la asignación de retiro fue liquidada de la siguiente forma: un salario mínimo legal incrementado en un 40%, más el 38,5 por la prima de actividad, y a ese resultado se le aplicó el 70%. Se agregó que no era procedente el reajuste pretendido y tampoco la inclusión de factores no previstos en la ley. La petición y el oficio están a folios 5, 95 y 96 del cuaderno principal.

Posteriormente, el 9 de mayo de 2014, pidió el reajuste de la asignación de retiro, tomando un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, lo que fue negado por Oficio No. 36089 de 30 de mayo de 2014, por cuanto se tomó el salario base según el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que remite al inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, que prevé el salario mínimo incrementado en un 40%. La solicitud y el oficio reposan a folios 9 y siguientes, y 99 reverso y siguientes del cuaderno principal.

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

Expediente: 19001 33 33 008 2015 00172 01
Actor: EDILSEN VALENCIA BALANTA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

En contra de los oficios anteriores, el señor Edilsen Valencia Balanta instauró la demanda de la referencia, que fue tramitada y sentenciada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, que resolvió acceder al reajuste de la asignación de retiro tomando el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, y a la modificación de la fórmula aplicada para no afectar doblemente la prima de antigüedad.

Contra lo así resuelto, la entidad demandada recurrió, parcialmente, para que se revoque el reajuste de la asignación de retiro, con sustento en que aplicó debidamente la fórmula para el cálculo de la prestación reconocida, y para que se revoque la condena en costas.

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 Edilsen Valencia Balanta, en su calidad de soldado profesional, con la debida aplicación de la fórmula para que no se afecte doblemente la prima de antigüedad; y determinar si era procedente la condena en costas impuesta a la entidad demandada.

4. De la asignación de retiro para soldados profesionales

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

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

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

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

Expediente: 19001 33 33 008 2015 00172 01
Actor: EDILSEN VALENCIA BALANTA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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 Decretoley 1794 de 2000.

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

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

En esta normatividad se 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.

Expediente: 19001 33 33 008 2015 00172 01
Actor: EDILSEN VALENCIA BALANTA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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%.

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: $(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$; 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 Edilsen Valencia Balanta le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Para su liquidación, debe tomarse como asignación básica mensual, el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que remite al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, porque estaba vinculado como soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000 y pasó a ser soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003. Este reajuste fue decretado por la A quo y no fue objeto de apelación por la entidad demandada.

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: $(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad}$.

Expediente: 19001 33 33 008 2015 00172 01
Actor: EDILSEN VALENCIA BALANTA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Precisamente, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consagra la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales. A partir de esta norma, según Cremil, debe tomarse el salario, sumarlo al 38,5% de la prima de antigüedad, y a este resultado aplicar el 70%, lo que arroja entonces el valor de la asignación de retiro. Empero, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en la sentencia de unificación invocada, consideró que según esa norma, debe tomarse el 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., y adicionarlo con un 38,5% de la prima de antigüedad, lo que arroja el valor de la asignación de retiro; de manera que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad.

En este sentido, en la sentencia de unificación se estimó que con la interpretación y aplicación efectuada por Cremil, se hace una doble afectación a la prima de antigüedad, "*consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho*"; a lo que se agregó que, ante la existencia de dos interpretaciones, debe tomarse la más favorable al trabajador, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral.

Aplicando este criterio jurisprudencial, resulta acertada la decisión de la A quo de ordenar el reajuste de la asignación de retiro con aplicación de la fórmula sin afectar doblemente la prima de antigüedad, por lo cual se desestima el cargo de la apelación de la entidad demandada.

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

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

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

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

III. DECISIÓN

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

Expediente: 19001 33 33 008 2015 00172 01
Actor: EDILSEN VALENCIA BALANTA
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

F A L L A

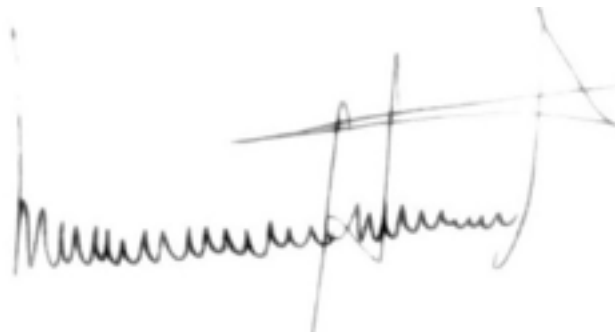
PRIMERO: Confirmar la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia.

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

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

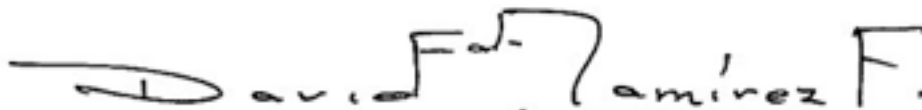
Los Magistrados



CARLOS H. JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO