



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

Popayán, dieciséis de abril de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 31 007 2015 00341 01
Actor: WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación parcial impetrado por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
C.C. No. 76.043.423

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 del Oficio No. 35341 de 28 de mayo de 2015, que negó el reajuste de la asignación de retiro.

Que, en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reajuste de la asignación de retiro i) teniendo en cuenta un 20% adicional en la asignación básica, ii) con la correcta aplicación de la fórmula para el cálculo de la prestación, sin afectar dos veces la prima de antigüedad, y iii) con inclusión de la doceava parte de la prima de navidad.

Que las sumas resultantes sean indexadas, se reconozcan intereses moratorios y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00341 01
Actor: WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Hechos

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

El señor Wilson Alberto Waza Aragón, prestó sus servicios como soldado voluntario y posteriormente como soldado profesional.

Le fue reconocida una asignación de retiro, por Resolución No. 254 de 23 de enero de 2015.

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%.

Previa solicitud, en el oficio demandado se negó el reajuste de la asignación de retiro que aquí se demanda. *Fls. 19 y siguientes*

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 20 de agosto de 2015, repartida al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, donde, previa corrección, 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 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%, correcta aplicación de la fórmula de liquidación, inexistencia de fundamento para incluir la prima de navidad, , no violación del derecho a la igualdad, no configuración de falsa motivación y no configuración de causal de nulidad. *Fls. 50 y siguientes.*

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

De las excepciones propuestas se corrió el traslado de ley, dentro del que la parte actora no intervino. *Fls. 84 y siguientes.*

En la audiencia inicial, ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos, y el juez dispuso que emitiría la sentencia por escrito dentro de los treinta días siguientes. *Fls. 96 y siguientes*

7. LA SENTENCIA APELADA

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00341 01
Actor: WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Se trata de la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió al reajuste de la asignación de retiro con un salario básico equivalente al salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% y con aplicación de la fórmula en el sentido de no afectar doblemente la prima de antigüedad, y se negaron las demás pretensiones de la demanda. *Fls. 114 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. 131 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. Los sujetos procesales no intervinieron.

Cabe anotar que la parte actora también apeló la sentencia en la oportunidad legal, a folios 142 y siguientes; empero, no asistió a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 del CPACA, por lo que el recurso impetrado no fue concedido; luego de lo cual, la parte demandante allegó un escrito de apelación adhesiva, que fue rechazado en esta instancia, por auto que quedó debidamente ejecutoriado, a folios 10 y siguientes del cuaderno del recurso.

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 27 de noviembre de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado y los actos administrativos demandados

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

El señor Wilson Alberto Waza Aragón, prestó sus servicios en el Ejército Nacional, así: como soldado regular, desde el 21 de noviembre de 1994 hasta el 17 de mayo de 1996,

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00341 01
Actor: WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

como soldado voluntario desde el 1 de junio 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 20 años, 2 meses y 29 días.

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 y la prima de antigüedad.

El tiempo de servicios y las partidas mencionadas, constan en la hoja de servicios a folios 64 reverso del cuaderno principal.

Con sustento en lo anterior, le fue reconocida una asignación de retiro por Resolución No. 254 de 23 de enero 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, efectiva a partir del 31 de marzo de 2015. Copia de la resolución está a folios 3 y 71.

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

El señor Wilson Alberto Waza solicitó, el 5 de mayo de 2015, el reajuste de la asignación de retiro, para que se tome un salario equivalente al salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, se aplique el 70% del salario y se adicione el 38,5% de la prima de antigüedad, y se incluya la doceava parte de la prima de navidad, lo que fue negado por Oficio No. 35341 de 28 de mayo de 2015, 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 antigüedad. Se agregó que no era procedente el reajuste pretendido y tampoco la inclusión de factores no previstos en la ley, como el subsidio familiar y la prima de navidad. La petición y el oficio están a folios 6 y siguientes del cuaderno principal.

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

En contra del oficio anterior, el señor Wilson Alberto Waza instauró la demanda de la referencia, que fue tramitada y sentenciada por el Juzgado Séptimo 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.

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00341 01
Actor: WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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 Wilson Alberto Waza, 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:

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.

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,

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00341 01
Actor: WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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 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%.

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

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00341 01
Actor: WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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 Wilson Alberto Waza 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 el 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: (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad.

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.

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00341 01
Actor: WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Aplicando este criterio jurisprudencial, resulta acertada la decisión del 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.

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

F A L L A

PRIMERO: Confirmar la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2017, por el Juzgado Séptimo 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

Expediente: 19001 33 33 007 2015 00341 01
Actor: WILSON ALBERTO WAZA ARAGÓN
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO