



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, seis (6) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL –APELACIÓN SENTENCIA

ACTOR: JOVINO RUÍZ GARCÍA

DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)

RADICACIÓN: 20-001-33-33-007-2018-00416-01

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 14 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1. Demanda.

Pretensiones. El demandante solicita que se declare la nulidad parcial del acto administrativo No. 2017-64379 de fecha 12 de octubre de 2017, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó la liquidación de la asignación de retiro dándole correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.

Así mismo, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo N° 2018-18246 de fecha 21 de febrero de 2018, mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le negó su petición de que se incluyera como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho solicita se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES:

a. A liquidar la asignación de retiro del demandante de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5% de la prima de antigüedad.

b. A liquidar la asignación de retiro del señor JOVINO RUÍZ GARCÍA, incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro. ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 5° DEL DECRETO 1794 DE 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004.

También solicita se ordene el reajuste de la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha con los nuevos valores que arroje la

reliquidación solicitada anteriormente; de igual forma que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados anteriormente, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA. Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

Hechos. Conforme a los hechos de la demanda, el señor JOVINO RUÍZ GARCÍA prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional. Una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.

A partir del 1 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la fuerza.

Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16º del Decreto 4433 de 2004, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante Resolución N° 2067 de fecha 17 de marzo de 2017, le reconoció al señor JOVINO RUÍZ GARCÍA, asignación de retiro.

Con fecha 22 de septiembre de 2017, radicado N° 20170085259, el señor JOVINO RUÍZ GARCÍA radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando que se liquide la prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Con fecha 12 de octubre de 2017, mediante acto administrativo radicado N° 2017-64379 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, negando las peticiones solicitadas en este, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

Con fecha 08 de febrero de 2018, radicado N°20180014352, el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que se tenga como partida computable la prima de navidad dentro de la asignación de retiro.

Con fecha 21 de febrero de 2018, mediante acto administrativo radicado N° 2018-18246 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, negando las peticiones solicitadas en este, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

Señala que el artículo 16º del Decreto 4433 de 2004 establece que la asignación de retiro de los soldados profesionales es equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado con un 38,5% de la prima de antigüedad.

Desde el reconocimiento de la asignación la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, viene liquidando la mesada del señor JOVINO RUÍZ GARCÍA tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante le aplica el 70%, liquidando de esta forma la mesada a cancelar.

Al señor JOVINO RUÍZ GARCÍA, le fue reconocida y pagada todos los años como activo en el mes de diciembre la prima de navidad, situación dada hasta su retiro de la institución.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la liquidación de la asignación de retiro del demandante no le está computando como partida la prima de navidad sin que exista fundamento jurídico o fáctico para su exclusión.

Normas violadas. Considera que con el desconocimiento del mandato constitucional y de normas legales que protegen la seguridad social, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES ha trasgredido la Constitución Política en su preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53, 58. Igualmente desconoció lo contemplado en las Leyes 131 de 1985, Ley 4 de 1992, Ley 923 de 2004, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

1.2. Providencia recurrida.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia proferida el día 14 de marzo de 2019, solo accedió a la pretensión de la demanda relativa a liquidar la asignación de retiro reconocida al demandante, aplicando de forma correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sin que se afecte doblemente la referida partida, desde la fecha en que fue reconocida, esto es desde el 30 de marzo de 2017, hasta el momento en que se efectúe la liquidación, con el correspondiente ajuste de valor conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor.

Para ello, encontró demostrado que el señor JOVINO RUÍZ GARCÍA, laboró al servicio del EJÉRCITO NACIONAL por 20 años, 8 meses y 0 días.

De conformidad con la certificación de partidas computables, realizada por la entidad demandada, para la liquidación de la prestación del demandante, se tuvo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente del año 2017, esto es \$737.717 incrementando en un 40% del mismo, que corresponde a la suma de \$1.032.803, adicionado en un 38,5% en cuantía de \$278.341 correspondiente a la prima de antigüedad y el subsidio familiar por la suma de \$193.651, sumatoria que resulta en la suma de \$1.194.955.

Dice que el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, no supone confusión alguna, en la medida en que indica la forma de efectuar la liquidación a que alude, esto es debe tenerse en cuenta el 70% del salario mensual adicionado luego con el 38,5% de la prima de antigüedad, porcentaje este que se obtiene sobre el valor del 100% del salario mensual.

Señala que al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realiza una afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario mensual en los términos de la norma referenciada con el 38,5% equivalente a la prima de antigüedad y a ese resultado aplicarle el 70%; lo que es una forma incorrecta de hacerlo, pues la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del cien por ciento (100%) del salario mensual.

Por lo que la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares en aras de una correcta interpretación y aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reliquidar la asignación de retiro en la forma y porcentaje señalados por ese despacho.

1.3. Recurso de apelación.

El apoderado de la entidad demandada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señala que los soldados profesionales que tengan 20 años de servicio tendrán derecho a que se les pague una asignación de retiro equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un 38,5 % de la prima de antigüedad.

Por lo tanto, siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38,5%, tal como lo ha estado aplicando la entidad.

En los alegatos de conclusión en segunda instancia el apoderado del demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, y se tengan en cuenta las reglas de unificación 4, 5 y 6 fijadas por el órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa en sentencia del 25 de abril de 2019, Radicación 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Problema jurídico.

Deberá la Sala establecer si la entidad demandada liquidó correctamente la partida prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, conforme a la previsión contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

2.2. Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

«[...] 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. [...].»

Vemos que el artículo 16 antes citado incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares, la prima de antigüedad, la cual conforme el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 señaló que para los soldados profesionales del Ejército Nacional se cancelaría de la siguiente manera:

«[...] Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis

punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%) [...]»

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado¹ señaló:

«[...] Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, “debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%”, y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación. [...]»

En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.

Y en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 25 de abril de 2019², se concluyó que para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

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

2.3. Caso concreto.

En el presente caso, mediante Resolución No. 2067 del 17 de marzo de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro al señor JOVINO RUÍZ GARCÍA, en calidad de Soldado Profesional retirado del Ejército, efectiva a partir del 30 de marzo de 2017 en los siguientes términos:

«En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2209 del 30 de Diciembre de 2016) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).

Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014»

En la certificación obrante al folio 11 del expediente, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares señala que al Soldado Profesional (r) del Ejército JOVINO RUÍZ GARCÍA le figura liquidada su asignación de retiro con los siguientes porcentajes y partidas computables:

SUELDO	SMMLV + 40%	\$1.032.804,00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN		70%
SUBTOTAL		\$722.963,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	$(SB \times 70\% \times 38,5\%)$	\$278.341,00
SUBSIDIO FAMILIAR	$(((SB \times 4\%) + (SB \times 58,5\%)) \times 30\%)$	\$193.651,00
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO		\$1.194.955,00

² Consejero Ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa el Tribunal una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado aplicarle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

La forma correcta de hacer dicha liquidación sería así:

SUELDO	SMMLV + 40%	\$1.032.804,00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%	\$722.963,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	\$1.032.804 x 38,50%	\$397.629,00
SUBSIDIO FAMILIAR		\$193.651,00
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO		\$1.314.243,00

Comparada la liquidación efectuada por la entidad demandada, con la anterior realizada por el Tribunal, se evidencia una diferencia a favor del demandante por la suma de \$119.288,00.

En conclusión, en el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, tal como lo ordenó el *A quo*, toda vez que la entidad demandada aplicó un doble porcentaje a la misma con la siguiente fórmula: el 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 + 38.5% de la prima de antigüedad, cuando la forma correcta con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

En este sentido, será confirmada la sentencia apelada que ordenó a la entidad demandada aplicar de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, para calcular la asignación de retiro del actor.

No habrá condena en costas en esta instancia, por no haberse probado su causación.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 14 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, en el proceso de la referencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No.115.

DORIS PINZÓN AMADO

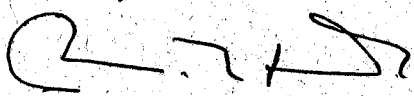
Magistrada

-Ausente con permiso-



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

Magistrado



CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

Magistrado