



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso : 81001 3331 001 2016 00327 01
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Yilber Bruyere Rico Camacho
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -Cremil-
Providencia : Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida el 9 de julio de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, mediante la cual se accedió a una de las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Yilber Bruyere Rico Camacho instauró demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- (fl. 1-49), en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El Juzgado vinculó al Ejército Nacional.

Dentro de los **hechos** que se invocan, señala que la Caja le viene liquidando la asignación de retiro en forma equivocada en dos aspectos: Toma el 38.5% y adiciona el sueldo básico y al total le aplica el 70%, con lo que a la prima de antigüedad se afecta en un doble porcentaje; asume el salario mínimo más el 40% cuando debe ser con el 60%. Como **pretensiones** solicita que se declare la nulidad del acto administrativo 2016-6054 del 2 de febrero de 2016, mediante el cual se negó a corregir la liquidación de la asignación de retiro, y como consecuencia, se le ordene hacerlo en los aspectos que pide, entre otras.

En respaldo de las pretensiones, presenta como **normas violadas** la Constitución Política (Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58), las Leyes 131 de 1985, 4 de 1992 y 923 de 2004; y los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y 4433 de 2004; y como **concepto de la violación**, manifiesta que con el desconocimiento del mandato constitucional y de normas legales, la Caja transgredió las disposiciones que citó como violadas, y se refiere al Estado Social de Derecho, a la violación del derecho fundamental de igualdad, al irrenunciable a la seguridad social, a los principios de progresividad y favorabilidad, a los derechos adquiridos, que la Caja no puede aducir falta de legitimación en la causa y a la falsa



motivación. También se pronuncia sobre el reajuste del 20%, y a la forma de liquidación de la asignación de retiro.

2. La contestación de la demanda

2.1. La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda (fl. 74-123); se opone a las condenas pedidas, acepta los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo y a los demás se opone, por cuanto dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990. Y se refiere a la no configuración de falsa motivación en sus actuaciones y a las costas.

Presenta como excepciones, las de *"legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja"*, *"falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del reajuste al 60%"*, *"correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro"* y *"prescripción"*.

2.2. El Ejército Nacional, vinculado al proceso, en su escrito (fl. 65-73) se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto el acto administrativo demandado no adolece de alguna nulidad ya que las afirmaciones no son ciertas, y se pronuncia frente a cada uno de los hechos. Propone las excepciones de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, *"ineptitud de la demanda"* y *"prescripción"*.

3. La sentencia apelada

El Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en sentencia del 9 de julio de 2018 (fl. 143-154), declaró la nulidad del oficio demandado y accedió a la pretensión de aplicación de la fórmula del 70% más el 38.5%, y negó el otro concepto pedido.

Expuso que CREMIL ya efectuó el reajuste del 20% en la prestación reclamada, y esa misma pretensión se ventila en el proceso 2017-208 en el Juzgado Segundo Administrativo de Arauca; y que la asignación de retiro de los soldados profesionales se liquida tomando el 70% del salario devengado, y a este resultado se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por lo que *"Así entonces, se advierte que efectivamente la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES aplicó incorrectamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lo que conllevó a que la asignación de retiro del demandante sufriera un detrimento en su liquidación, situación que será ajustada en esta providencia"*.¹

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general,



4. El recurso de apelación

4.1. La Caja interpuso el recurso de apelación (fl. 169-171) en el que solicita revocar la sentencia de primera instancia en lo desfavorable; argumenta que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando esta entidad. También pide que se ordene efectuar de manera indexada los descuentos por aportes a la seguridad social integral, en virtud del principio de sostenibilidad fiscal.

5. Trámite procesal en la segunda instancia

Se admitió el recurso de apelación y se ordenó la presentación de alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público (fl. 209).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. La parte demandante no presentó alegatos (fl. 227).

6.2. La entidad en su escrito (fl. 223-225), expresa sus criterios sobre la legalidad de las actuaciones efectuadas y se refiere al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con lo que reitera que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha aplicado.

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia (fl. 227).

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la sentencia apelada, conforme con los planteamientos de la parte demandada en su impugnación?

no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.



2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

2.2. Sobre las excepciones. En los recursos de apelación no se planteó discusión sobre el tema, por lo que no amerita pronunciamiento alguno. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 187, CPACA)³.

3. Principales pruebas recaudadas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

- a. Resolución 10079 de 2015 que reconoció la asignación de retiro (fl. 43-46).
- b. La petición del demandante que radicó en el trámite administrativo (fl. 37-39).
- c. Acto administrativo demandado: 2016-6054 del 2 de febrero de 2016 (fl. 40).
- d. Documentos de la hoja de vida y certificaciones de pagos salariales del demandante (fl. 41-42, 47-48, 90-114).

4. Caso concreto

4.1. Mediante el presente proceso, el demandante reclamó que se ordene el reajuste de su asignación de retiro con la aplicación correcta para determinar el monto, en dos aspectos: (i). Tomar el salario mínimo con el incremento del 60%; y (ii). Se debe aplicar el 70% del salario básico y a esta suma adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, sin afectar doblemente ésta prestación.

En la sentencia que se cuestiona se accedió en el aspecto segundo y se declaró que ya existía acto administrativo favorable respecto del primero; aquella decisión fue objeto de apelación.

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos procesales, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

³ CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A, lo que a su vez, corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es el Código de Procedimiento Civil; y CGP es el Código General del Proceso.



Precisa el Tribunal Administrativo de Arauca que cuando el tema se refiere al pago del salario -Es distinto al de la asignación de retiro, que si bien recibe impacto en su monto, las consecuencias porcentuales son diferentes- y al no aplicarse el incremento del 40% al 60%, significa en realidad un menoscabo pecuniario del 33.3% -no del 20%, que es la diferencia entre aquellos porcentajes- de la adición que legalmente le correspondía, lo que a su vez se traduce en un 14.28% en pesos dejados de pagar en cada mensualidad⁴.

4.2. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia⁵.

Se revisa el texto del recurso de apelación y se extrae como conclusión, que cuestiona lo siguiente:

- Se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad.

- Pide la indexación de los descuentos, por sostenibilidad fiscal.

4.3. Frente al cuestionamiento que hizo la demanda sobre el incremento del salario del 40% al 60%, que negó el *a quo*, por cuanto ya se reconoció por CREMIL y porque además también se discute en otro proceso judicial, no se apeló por el demandante.

4.4. En el primer cargo que plantea el recurso de apelación presentado por la parte demandada, sostiene que la entidad ha aplicado de manera correcta la liquidación de la asignación de retiro respecto de los porcentajes de 70% del salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad.

4.4.1. Para el efecto, y en cuanto a la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre cuya aplicación al caso no tiene controversia en el proceso, señala que "*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*

⁴ Si a alguien se le deben pagar \$60 y solo se le cancelan \$40, significa que se le quedó debiendo una tercera parte (33.3%) de lo que debía incrementarse; y cuando al SMMLV se le adiciona solo el 40% cuando debía ser el 60% (ejemplo: 2017, a \$737.717 con el 40% da \$1.032.803.80 y con el 60% son \$1.180.347.20), hay una diferencia dejada de pagar de \$147.513.40, que corresponde al 14.28% de lo pagado con el 40%.

⁵ Cuando se trata de resolver un recurso de apelación, y teniendo en cuenta que el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (cuanto apela, tanto se decide) descansa sobre dos pilares: la congruencia y la facultad de disposición, significa que la segunda instancia -*ad quem*- deberá pronunciarse solo sobre aquellos cargos expresamente invocados contra la decisión del *a quo* (la primera instancia), pues frente a lo que no se cuestiona en la apelación, se tiene por aceptado y consentido; vale decir, que sólo es dable decidir y conocer aquellas circunstancias a las que ha limitado en forma concreta y expresa la apelación del recurrente, excepto cuando se trata de nulidades (art. 145, C.P.C.; 137 del CGP), excepciones de oficio (art. 164, CCA; 180.6, 187 inc.2, CPACA), y sentencias inhibitorias o ilegales que se revocan y pueden ser desfavorables al apelante único, pues son temas que deben abordarse así no se planteen en el recurso de apelación; hay otras excepciones a la regla general (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, exp. 1999-0200801) derivadas (i) de la facultad del *ad quem* para manifestarse sobre aspectos implícitos de los argumentos de la apelación y, (ii) de los cuerpos normativos que le imponen el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto en específico; también deben observarse principios de convencionalidad sobre el tema.



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".

El Consejo de Estado (M.P. William Hernández Gómez, 9 de marzo de 2017, rad. 66001233300020130007901, 2898-14) señalando el marco de interpretación de dicha norma jurídica, consagra que "«[...] 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”.

Nuestra Alta Corte también ha expuesto en vía de acción de tutela (11 de diciembre de 2014, M. P. María Elizabeth García González. Exp. 2014-02292-01) que *“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”.*

Agrega que *“En tal sentido, la Sala 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 “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó 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 fundamental al mínimo vital, 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 del mismo. (...)”.*

4.4.2. En el expediente se demostró que al demandante ya se le otorgó la asignación de retiro.

En efecto, se le reconoció por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, mediante la Resolución 10079 de 2015, y en ese acto administrativo se ordenó en el artículo primero, que la liquidación de dicha prestación económica se hiciera en cuantía del 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (fl. 43-46).

No obstante, al momento de la liquidación de la asignación de retiro del demandante, la entidad se apartó no solo de la normativa aplicable y de los criterios jurisprudenciales, sino también de su propio mandato, lo que se acredita con el documento que obra a folios 41, 47 y 89, emanados de la propia entidad estatal demandada –Se toma el SMMLV de 2015, incrementado en el 40%-, en el cual se observa que el 70% lo obtiene luego de sumar el salario mensual con el 38.5% de la prima de antigüedad.



Ello demuestra una aplicación indebida de la norma jurídica vigente (Decreto 4433 de 2004, artículo 16) y de la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional sobre el tema, que ordenan y han estructurado, en lo que debe corregir, que el 70% debe hacerse, es decir, restarse en la fórmula, solo sobre el salario mensual, y luego a ese subtotal, se le suma de manera completa el 38.5% de la prima de antigüedad que certifique la Hoja de Servicios; en este caso y con los mismos datos, el resultado es \$978.767.

Al resultado obtenido, se le suman otros conceptos, como subsidio familiar, si se percibió.

Se evidencia entonces, la pretermisión que hace la demandada al liquidar la asignación de retiro del demandante, pues la fija en un menor valor al que en realidad le corresponde⁶.

En consecuencia, no tiene respaldo fáctico ni jurídico en el expediente el criterio expresado en el recurso de apelación de la demandada, cuando indica que aplica la fórmula de liquidación de la asignación de retiro en forma correcta; y no lo es, porque la norma jurídica no la autoriza a utilizar la variable del 70% sobre el 38.5% de la prima de antigüedad.

En razón de lo expuesto, no prospera el cargo planteado por la Caja.

4.5. La entidad estatal también pide en su recurso de apelación, que se ordene efectuar de manera indexada los descuentos por aportes a la seguridad social integral, en virtud del principio de sostenibilidad fiscal.

La sentencia impugnada omitió pronunciarse sobre el tema, que resulta importante porque deriva de la consecuencia de acoger las pretensiones de reliquidación en favor del demandante.

En efecto, cuando CREMIL cumpla las decisiones que se adoptan en este proceso, le deberá pagar al demandante las diferencias que se liquiden entre lo que resulte de la correcta aplicación de la fórmula con los porcentajes del 70% y 38.5% y lo que le giró en cada mesada prestacional.

Ello significa que se incrementará el monto de la asignación de retiro, de lo cual se establece que respecto de la parte que constituya el mayor valor que se reajuste, no se ha efectuado cotización alguna, como sí se hizo con las cuantías ya canceladas.

⁶ Cremil aplica: Valor asignación de retiro = (Sueldo + Prima de antigüedad) * 70%:
Esto es: (\$902.090 + \$347.304.65) * 70% = \$874.576.

La fórmula correcta es: Valor asignación de retiro = (Sueldo * 70%) + Prima de antigüedad
Esto es: (\$902.090 * 70%) + \$347.304 = \$978.767. Más otros conceptos, si proceden.



En consecuencia, se ordenará que la Caja realice los respectivos descuentos de los aportes que debe cotizar el demandante a la seguridad social integral sobre las diferencias que resulten de la reliquidación de cada mesada, y que se actualicen con la misma fórmula que fijó el *a quo*, en aplicación de los principios de solidaridad social y de contribución a la sostenibilidad financiera del sistema.

De ahí que prospera este cargo de la apelante.

4.6. Por lo tanto, ante el problema jurídico que se planteó, se responde que no procede revocar la sentencia apelada, pero sí modificarla en los términos que se señalaron en el acápite precedente.

5. Costas

No se produce condena en costas por el trámite en esta instancia, ya que conforme con el artículo 188 del CPACA, la obligación de condenar a la parte vencida no lo es en forma inexorable u objetiva.

Y desde el punto de vista de apreciación subjetiva, no se encuentra conducta reprochable de alguna de las partes en el proceso para aplicarlas, como acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, que si fuera el caso, sí operaría la remisión a los artículos 365 y 366 del CGP, como lo ha indicado el Consejo de Estado (Entre otras sentencias, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 19 de enero de 2017, rad. 76001233300020130001501; y M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, 17 de febrero de 2017, exp. 810012333 0002013 00116 01).

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia proferida el 9 de julio de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en el sentido de adicionar al numeral quinto de su parte resolutive, la siguiente decisión, y **CONFIRMAR** la providencia en todo lo demás:

"ORDENAR que CREMIL realice los respectivos descuentos de los aportes que debe cotizar el demandante a la seguridad social integral, sobre las diferencias que resulten de la reliquidación de cada mesada, y se actualicen con la misma fórmula que fijó la sentencia de primera instancia".

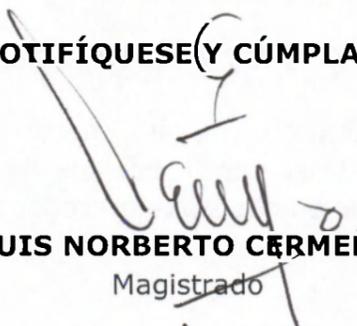


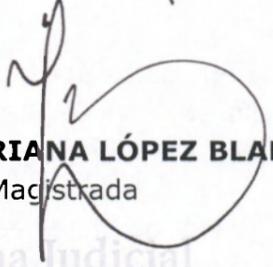
SEGUNDO: DECLARAR que no hay condena en costas.

TERCERO: ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE (Y CÚMPLASE)


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia