



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

RADICACION: 73001-33-33-007-2018-00374-01
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JHON EVER DURAN CALDERON
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
TEMA: Prima de antigüedad

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentra el presente proceso para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo proferido el 16 de marzo de 2021, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante el cual negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor JHON EVER DURAN CALDERON actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presenta demanda contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para lo cual eleva las siguientes:

PRETENSIONES

1) Declarar la nulidad parcial del Acto Administrativo N°2015-61278 de fecha 31 de agosto de 2015 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES que negó la siguiente petición:

A. La reliquidación de la asignación de retiro de mi poderdante; dándole correcta aplicación al artículo 16" del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.

2) Como consecuencia de las anteriores declaraciones en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:

A. A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante 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.

3) Que, en virtud de la pretensión anterior, se ordene el reajuste de la asignación de retiro de mi representado, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitada en los numerales anteriores.

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

4) Ordenar 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, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del PACA y 280 del CGP

5) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del PACA concordante con lo dispuesto sobre la materia en el GGP (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999)

6) Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales como las agencias en Derecho.

Las anteriores pretensiones las soporta en los siguientes:

HECHOS

1) El señor JHON EVER DURAN CALDERON prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.

2) Una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.

3) A partir del 01 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.

4) Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004. LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante Resolución N°1015 de fecha 06 de febrero de 2015, le reconoció a mi poderdante, asignación de retiro.

5) Con fecha 04 de agosto de 2015, radicado N°20150069790, mi poderdante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando se liquide la prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

6) Con fecha 31 de agosto de 2015, mediante acto administrativo radicado N°2015-61278 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, negando la petición solicitada en éste, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

3.2. Hechos que sirven de fundamento a la pretensión

1) El artículo 16° 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

2) Desde el reconocimiento de la Asignación la Caja de Retiro de las Fuerzas

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Militares, viene liquidación la mesada de mi poderdante 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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL contestó la demanda, argumentando que acorde con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se encuentra suficientemente claro que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague asignación mensual de retiro, así:

Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) = 140%
Prima de antigüedad = 38.5%

Asignación de retiro = 70% = (Sueldo básico + 38.5% de prima de antigüedad)

Explica, que siendo así, no se ha vulnerado el derecho a la igualdad por cuanto se ha liquidado conforme lo señalado por el legislador.

Solicita se abstenga de condenar en costas en tanto no ha efectuado actos dilatorios, ni temerarios.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida el día 16 de marzo de 2021, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a parte demandante, al considerar que en el caso en concreto, se aprecia que mediante Resolución 1015 del 06 de febrero de 2015, visible a folios 9 a 10 del cartulario, la entidad demandada CREMIL le reconoció al demandante, en su calidad de soldado profesional (r), la asignación de retiro, así:

“- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de diciembre 30 de 2014) 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 por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad 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. ...” (v.num.4.3.2.)

Luego entonces, que a primera vista, y en la forma en que está redactado, se aprecia que lo consignado no riñe con lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en donde se indica que la asignación de retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional debe liquidarse teniendo en cuenta el 70% del salario básico para ese grado, adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que puedan aplicarse descuentos u otros porcentajes que mengüen su valor.

Indica, que lo anterior, en atención a que en la resolución en comento, realmente no se efectúa la liquidación, ni se exponen valores o cifras de las que se pueda deducir que se hizo de manera incorrecta, y no existe elemento probatorio alguno para poder verificar los valores que realmente recibe el

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

demandante por asignación de retiro y los porcentajes correspondientes, pues tampoco obra certificación mediante la cual se logró demostrar las sumas de dinero que la entidad demandada CREMIL paga al señor JHON EVER DURÁN CALDERÓN, como asignación de retiro.

Afirma, que se allega al plenario la hoja de Servicios No. 35993737 (v.num.4.3.1.), en la cual se observa en la casilla de “PARTIDAS COMPUTABLES PENSIÓN O ASIGNACIÓN RETIRO”, que el porcentaje de la prima de antigüedad, es decir el 38.5%, se toma de la totalidad del sueldo básico ahí discriminado, y no del 70% como lo alega el demandante.

Señala, que el demandante solo se limitó a afirmar que tenía derecho a que se le reliquidara su asignación de retiro, sin probar aquellas manifestaciones, pues, con las documentales allegadas no se demostró el valor real de lo que la entidad demandada CREMIL estaba cancelando al señor JHON EVER DURÁN por concepto de asignación de retiro, y mucho menos los porcentajes con los que estaba liquidando las partidas correspondientes.

Aduce que, en consecuencia, ante el incumplimiento de la parte actora de la carga que por ley le correspondía, y ante la ausencia de probanzas para determinar el porcentaje de la prima de antigüedad que fue tomado por CREMIL para liquidar su asignación de retiro, niega las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se declare la NULIDAD de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 07° Administrativo de Ibagué, en cuanto hace relación a la correcta aplicación del artículo 16 del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le debe adicionar el 38,5% de prima de antigüedad, , y en su lugar se ordene a la demandada a darle correcta aplicación del artículo 16° del decreto 4433 de 2004 es decir el 70% de la asignación básica adicionado el 38,5% como prima de antigüedad, porcentaje que debe de ser establecido del 100% de la asignación básica, de conformidad a la jurisprudencia fijada por el Consejo de Estado en la sentencia que se anexa, y el pago de las diferencias que resulten de los reajustes solicitados desde la fecha del reconocimiento de la asignación a la fecha.

Aduce, que en la presente demanda como prueba de la forma como la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares está aplicando el artículo 16° del decreto 4433 de 2004, en lo que hace relación a la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante se aporta una certificación de las partidas computables que son tenidas en cuenta en la liquidación de retiro de mi poderdante de fecha 13 de agosto de 2015. La certificación está organizada en el siguiente cuadro:

SUELDO BASICO (SMLV -40%)		\$902.090,00
PRIMA DE ANTIGUEDAD	38,5%	\$347.304,65
SUBTOTAL		\$1.249.394,65
PORCENTAJE DE LIQUIDACION ASIGANCION DE RETIRO	70%	\$874.576,00
SUBSIDIO FAMILIAR	30%	\$169.142,00

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

TOTAL, ASIGNACION RETIRO	\$1 .043.718. 00
-------------------------------------	-------------------------

Manifiesta, que conforme la certificación que se anexa al presente recurso la Caja de Retiro suma el 100% de la asignación básica con el 38,5% de prima de antigüedad y al valor resultante le aplica el 70% contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 y desatendiendo la abundante jurisprudencia emanada del Consejo de Estado incluyendo la sentencia de unificación.

Por lo anterior, solicita se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a que en la liquidación de la asignación de retiro del demandante aparte de tomar como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000, no se aplique el 70% la prima de antigüedad si no que el 38,5% de esta partida se adicione al 70% de la asignación básica tal como quedó establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 2004.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 17 de agosto de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, tal como lo establece el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

ESTUDIO SUSTANCIAL

El marco de competencia de esta segunda instancia, está determinados por los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulado por la parte demandante visto en el archivo del expediente digital denominado "17RecursoApelacionApoderadoParteDemandante.pdf"

PROBLEMA JURÍDICO

El primero, consiste en determinar si fue acertada la decisión del A-quo, al despachar en forma desfavorable las suplicas de la demanda, al considerar que no obraba prueba de la liquidación de la prima de antigüedad para establecer la forma en que lo realiza la entidad accionada, o si por el contrario, debe acceder a tal derecho, en tanto la forma que es computada la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, no se acompasa con los lineamientos normativos y jurisprudenciales que regulan el asunto

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL

El Congreso de la República, promulgó la ley 4 de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que se debían observar para la

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 923 de 2004, se fijó la **posibilidad que los Soldados Profesionales devengaran una asignación de retiro**, en los términos que dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así:

*“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.*

De la normatividad expuesta, se encuentra que los soldados profesionales que sean retirados del servicio y que cuenten con 20 años de servicio a la institución tienen derecho a acceder al reconocimiento de una asignación mensual de retiro, cuyas partidas computables para su liquidación y los porcentajes que se toman de los mismos, corresponde al 70% del salario mensual que se indica en el artículo 13.2.1 de la norma en cita adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

Ahora bien, en lo que corresponde al cómputo del salario mensual para efectos de la asignación de retiro, la precipitada norma, enseña:

“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 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.”

De conformidad con las normas en mención se tiene entonces que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales corresponde al 70% del salario mensual -*el cual corresponde al inciso 1° del artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000*, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, siendo que sobre la suma resultante no procede ningún otro descuento porcentual.

Sobre esta cuestión particular, el Consejo de Estado en sede de tutela, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la forma como debe liquidarse la asignación de retiro y el cálculo del porcentaje de la prima de antigüedad, es así como en decisión del 11 de mayo de 2016, con ponencia de la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, expediente Nro. 11001-03-15-000-2016-00822-00, sostuvo:

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

“Para efecto de resolver la presente controversia, estima la Sala pertinente referirse a la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 29 de abril de 2015¹, en la que se analizó una situación con idénticos supuestos de hecho y de derecho y se determinó que el tribunal había incurrido en defecto sustantivo. Veamos:

“4.3. Defecto sustantivo, por indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, porque afecta doblemente la prima de antigüedad.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

*“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.” (Subrayas y resaltado ajenas al artículo).*

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, 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.”.

En otra oportunidad, también resaltó:

“De otra parte, teniendo en cuenta lo expuesto por la parte demandada, la Sala interpreta que cuando el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004,

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00

² Expediente 2014-02292-01, CP Dra. María Elizabeth García González. Actor: Omar Enrique Ortega Flórez. Accionado: Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

establece que la asignación de retiro que se reconoce a los soldados profesionales, es 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”, el término “adicionado” que dicha disposición emplea está haciendo referencia al salario mensual y no al porcentaje de liquidación de la prestación.

En esta perspectiva es claro que para establecer la cuantía de la asignación de retiro o profesional, debe 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%. Pretender que el 38.5% equivalente a la prima de antigüedad, se aplique al 70% del salario mensual, como lo sugiere el a quo, implica desconocer lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues se modificaría por esta vía el 70% que dicho precepto ha autorizado como única cuantía de la asignación de retiro.”³

Circunstancia que fue ratificada en sentencia de Unificación CE-SUJ2-015-19 SUJ-015-S2 de 25 de abril de 2019, Consejero ponente: William Hernández Gómez

8. Forma de liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad

232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma 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», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

(Salario+ prima de antigüedad) 70%=Asignación de Retiro*

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe

³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia de Tutela de fecha 11 de diciembre de 2014. C.P. Dra. María Elizabeth García González. Expediente No. 2014-02292-01

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula 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. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.

Conforme lo anterior, la mencionada sentencia, unifica la jurisprudencia advirtiendo 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: (salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

ACTO DEMANDADO

El Oficio No.2015-61278 de 31 de agosto de 2015 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la solicitud de liquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta para tal efecto, el 70% del sueldo básico adicionado en un 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

CASO CONCRETO

En el caso que ocupa nuestra atención, encontramos que al demandante le fue reconocida mediante Resolución No. 1015 de 8 de febrero de 2015, con efectos a partir del 31 de marzo de 2015. El señor JHON EVER DURÁN CALDERÓN, conforme a la hoja de Servicios Nro. 3-5993737, ingresó al Ejército Nacional a prestar el servicio militar obligatorio el 01/14/1994 hasta el 30/06/1995; posteriormente, se vinculó como Soldado Voluntario el 31/01/1996 hasta el 31/10/2003 y a partir del 01 de noviembre de 2003 se incorporó como Soldado Profesional, en virtud de lo señalado mediante Orden Administrativa de Personal, prestando sus servicios a la Fuerza Pública por espacio de veinte (20) años siete (07) meses y diez (10) días, siendo retirado de la actividad militar por tener derecho a la asignación de retiro, el día 31 de diciembre de 2014, ostentando el grado de Soldado Profesional del Ejército. (Folio 8).

Indica el demandante mediante petición radicada el 4 de agosto de 2015, solicitó que en la liquidación de su asignación de retiro, se tomara como base de liquidación la establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (Fl. 4-5), sin embargo, dicha solicitud fue negada por la entidad demandada a través del oficio No. 2015-61278 de 31 de agosto de 2015 (Fl. 6), motivo por el que la parte actora instauró el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho, con el fin que se liquide en forma correcta la partida computable como porcentaje de prima de antigüedad.

Mediante sentencia de 16 de marzo de 2021, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a parte demandante, al considerar que en la forma en que está redactada la resolución que reconoció la asignación de retiro, no se efectúa la liquidación, ni se exponen valores o cifras de las que se pueda deducir que se hizo de manera incorrecta, y no existe elemento probatorio alguno para poder verificar los valores que realmente recibe el demandante por asignación de retiro y los porcentajes correspondientes, pues tampoco

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

obra certificación mediante la cual se logró demostrar las sumas de dinero que la entidad demandada CREMIL paga al señor JHON EVER DURÁN CALDERÓN, como asignación de retiro.

Indica, que conforme la hoja de Servicios No. 35993737 (v.num.4.3.1.), en la cual se observa en la casilla de “PARTIDAS COMPUTABLES PENSIÓN O ASIGNACIÓN RETIRO”, el porcentaje de la prima de antigüedad, es decir el 38.5%, se toma de la totalidad del sueldo básico ahí discriminado, y no del 70% como lo alega el demandante.

Señala, que el demandante solo se limitó a afirmar que tenía derecho a que se le reliquidara su asignación de retiro, sin probar aquellas manifestaciones, pues, con las documentales allegadas no se demostró el valor real de lo que la entidad demandada CREMIL estaba cancelando al señor JHON EVER DURÁN por concepto de asignación de retiro, y mucho menos los porcentajes con los que estaba liquidando las partidas correspondientes.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 07° Administrativo de Ibagué, en cuanto hace relación a la correcta aplicación del artículo 16 del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le debe adicionar el 38,5% de prima de antigüedad, , y en su lugar se ordene a la demandada a darle correcta aplicación del artículo 16° del decreto 4433 de 2004 es decir el 70% de la asignación básica adicionado el 38,5% como prima de antigüedad, porcentaje que debe de ser establecido del 100% de la asignación básica, de conformidad a la jurisprudencia fijada por el Consejo de Estado y el pago de las diferencias que resulten de los reajustes solicitados desde la fecha del reconocimiento de la asignación a la fecha.

Precisa que aporta una certificación de las partidas computables que fueron tenidas en cuenta en la liquidación de retiro:

SUELDO BASICO (SMLV -40%)		\$902.090,00
PRIMA DE ANTIGUEDAD	38,5%	\$347.304,65
SUBTOTAL		\$1.249.394,65
PORCENTAJE DE LIQUIDACION ASIGANCION DE RETIRO	70%	\$874.576,00
SUBSIDIO FAMILIAR	30%	\$169.142.00
TOTAL, ASIGNACION RETIRO		\$1.043.718. 00

Por lo anterior, solicita se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a que en la liquidación de la asignación de retiro aparte de tomar como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000, no se aplique el 70% la prima de antigüedad si no que el 38,5% de esta partida se adicione al 70% de la asignación básica tal como quedó establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 2004.

Pues bien, previo a iniciar el estudio de fondo del asunto, se debe indicar que si bien solo hasta la presentación del recurso de apelación, la parte demandante allegó la liquidación que tuvo en cuenta la entidad para la asignación de retiro, debe recordarse que conforme el artículo 193 del

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Código General del Proceso, existe confesión por apoderado judicial si se realiza en la contestación de la demanda:

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

En tal sentido, se aprecia en la contestación de la demanda, que el apoderado de la entidad aseguró que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

Al respecto, como se indicó de forma amplia en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 SUJ-015-S2 de 25 de abril de 2019, Consejero ponente: William Hernández Gómez, indicó la forma de calcularse la asignación de retiro y el porcentaje de la prima de antigüedad:

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: (salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

En este orden de ideas, tal y como se dejó expuesto con anterioridad y como en efecto lo ha considerado el máximo órgano de lo contencioso administrativo, el cálculo de la asignación de retiro de quienes se retiren del servicio como soldados profesionales, **no parte del salario mensual en su totalidad sino del 70% del mismo**, el cual debe “adicionarse” el 38.5% correspondiente al porcentaje de prima de antigüedad, este último se calcula sobre el ciento por ciento del salario mensual.

Nótese que la diferencia, entre el cálculo de la asignación de retiro que efectúa la parte actora en el escrito de su acción y la que realizaba la entidad demandada, radicada básicamente en el valor de la prima de antigüedad, en tanto que se parte de bases distintas para efectuar su cálculo, por lo que para dilucidar esta cuestión, resulta conveniente explicar la forma como debe calcularse el 38.5% de este concepto, para efectos de lograr una adecuada aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En ese orden de ideas, tenemos que conforme a lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 1794 de 2000, la prima de antigüedad de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, se causa a partir del segundo año de servicio, en el equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) **de la asignación salarial mensual básica** y, se incrementa por cada año de servicio adicional, en un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin que pueda exceder el cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Bajo ese entendido, el cálculo de la asignación de retiro se obtiene del 70% del salario mensual, 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 partiendo del valor del ciento por ciento del salario mensual y no sobre el porcentaje del 70% sobre el cual se calcula el monto de la asignación de retiro.

Así las cosas, la asignación de retiro a que tienen derecho los soldados profesionales, resultaría de la sumatoria del 70% de la asignación salarial mensual, adicionada en un 38.5% de prima de antigüedad.

En conclusión, se debe reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional (r) señor Jhon Ever Durán Calderón aplicando el 70% al salario básico y a este resultado adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en la ley, desde el momento del reconocimiento de su mesada mensual y hasta que se demuestre el pago reajustado de lo pretendido.

PRESCRIPCIÓN

De acuerdo con las pruebas existentes en el plenario, el Despacho advierte que el accionante ingresó a prestar sus servicios el **1 de noviembre de 2003**, la Resolución No. **1015 de 6 de febrero de 2015** mediante la cual se le reconoció la asignación de retiro al demandante, determinó que el derecho se haría efectivo a partir del **31 de marzo de 2015**, y, la petición de reliquidación de la asignación se presentó ante la entidad demandada el **4 de agosto de 2015** y como quiera que la demanda fue radicada el **22 de noviembre de 2018**, no ha operado el fenómeno jurídico de prescripción.

Además, los valores resultantes del reajuste de la liquidación de dichas sumas serán indexados, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en precedencia, se declarará la nulidad del **acto administrativo demandado** y como consecuencia se accederá a las pretensiones de la demanda, ordenando a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL reajustar la asignación de retiro del señor **Jhon Ever Durán Calderón** tomando para ello la interpretación literal efectuada en esta providencia al artículo 16 del decreto 4433 de 2004 y la liquidación se realizará acorde con lo señalado por el Honorable Consejo de Estado en la sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019⁴ que se aplique el 70% al

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 850013333002201300237-01 Ponencia William Hernández Gómez

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

salario básico y a ese resultado se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.

Con fundamento en lo anterior, advierte esta Corporación que deberá REVOCARSE la sentencia de primera instancia y en su lugar, declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, restablecer el derecho que le asiste al demandante al reajuste de su prestación para que se incluya en debida forma el porcentaje por concepto de prima de antigüedad a que se refiere el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, no obstante deberá precisarse que la entidad accionada deberá pagar las diferencias resultantes entre el valor de la asignación de retiro que le fue reconocida y la que resulte luego de efectuar la correspondiente liquidación conforme a los parámetros aquí señalados, sin perjuicio de aquellos reajustes que se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción.

Se advierte que las diferencias resultantes deberán ser ajustadas conforme la fórmula antes indicada

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 y el artículo 366 del Código General del Proceso, condénese en costas de ambas instancias a la parte demandada, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

D E C I S I Ó N

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

F A L L A

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 16 de marzo de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué en el proceso promovido por **JHON EVER DURAN CALDERÓN** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **2015 – 61278 de 31 de agosto de 2015**, por medio del cual CREMIL negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro al soldado profesional (r) señor **Jhon Ever Durán Calderón**

TERCERO. - Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS**

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00374-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Ever Duran Calderón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

FUERZAS MILITARES CREMIL a reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional (r) señor **Jhon Ever Durán Calderón**, a partir del **22 de noviembre de 2015**, aplicando el 70% únicamente al salario básico y a este resultado adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad.

CUARTO - CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL a pagar la diferencia resultante entre la reliquidación reconocida y los valores efectivamente pagados como asignación de retiro del soldado profesional (r) señor **Jhon Ever Durán Calderón**, suma que deberá ser actualizada, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

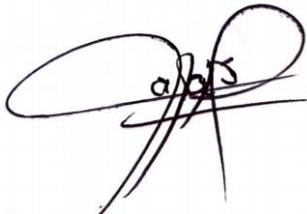
QUINTO: CONDÉNESE en costas de ambas instancias a la parte demandada, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con el art. 365 del C.G.P., según se encuentren probadas y causadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

SEXTO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen.

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notifica a las partes por este mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRIGUEZ
Magistrado