

Cartagena de Indias D.T y C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2015-00036-01
Demandante	ADOLFO BUSTOS MORENO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Tema	<i>Reliquidación de las cesantías con la inclusión de la prima de navidad y la prima de actualización – Suboficial de la Armada</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte actora, como por la entidad accionada demandada, contra la sentencia del 24 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ADOLFO BUSTOS MORENO instauró demanda de nulidad y restablecimiento contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² 1-12 cdno1

13-001-33-33-004-2015-00036-01

3.1.1. Pretensiones³

PRIMERO: Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante Oficio No. 0394 del 26 de marzo de 2014, mediante el cual se reconoce y ordena el pago de unas cesantías definitivas al señor Adolfo Bustos Moreno, en la que no se calculó de forma correcta la doceava parte de la prima de navidad y tampoco se incluyeron los porcentajes de la prima de actualización.

SEGUNDO: Se declare la nulidad del Oficio No. 0778 del 13 de mayo de 2014 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el actor, el cual confirmó la decisión adoptada en el Oficio No. 0394 del 26 de marzo de 2014.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demanda a lo siguiente:

- Reliquidar la doceava parte de la prima de navidad, teniendo en cuenta para ello la totalidad de los haberes devengados en actividad por el señor Adolfo Bustos Moreno, correspondiente a la suma de \$3.159.425,35 dividido entre 12, tal y como lo indica el artículo 95 y 158 del Decreto 1211 de 1990.
- Se reconozca como factor salarial para liquidar las cesantías definitivas, los porcentajes pagados en el año 1993 en un 25%, en el año 1994 en un 11%, y en 1995 en un 5.5%, por concepto de prima de actualización tal y como lo indican los párrafos del artículo 15 del D. 335/92, 28 del D. 25/93, 28 del D. 65/94 y 29 del D. 133/95.
- Como consecuencia de lo anterior, ordénese la reliquidación del valor pagado por concepto de cesantías definitivas, computando el valor de la doceava parte de la prima de navidad y la prima de actualización.
- Condenar a la Armada Nacional, al pago de las diferencias que resulten entre el valor pagado y el que resulte de la reliquidación.
- Condenar a la entidad demandada al pago de intereses moratorios, por la mora en el pago de la citada reliquidación, hasta tanto se produzca la cancelación de la condena.
- Que las sumas reconocidas sean indexadas.
- Que se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

³ Folios 5-6

13-001-33-33-004-2015-00036-01

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se afirma que el señor Adolfo Bustos Moreno laboró para la Armada Nacional como Suboficial desde 1994, hasta el año 2014, cuando ocupaba el cargo de Suboficial Jefe.

Indica, que fue retirado por solicitud propia desde el 3 de febrero de 2014, conforme la Resolución 050 del 15 de enero de 2014. Para esa época, devengaba una asignación básica de \$1.322.612, mas todas las partidas que hacen parte integral del salario que son: prima de actividad (49.5%), prima de antigüedad (20%), subsidio familiar (35%), prima especial (10%), jineta de buena conducta (5%), Subsidio de alimentación y prima Decreto 2863, para una suma de \$3.1593.425,35.

Sostiene que mediante Resolución 394 del 26 de marzo de 2014, se le reconocieron y pagaron las cesantías, con fundamento en el Decreto 1211/90. Mediante escrito del 1 de abril de 2014, el actor instauró recurso de reposición contra la decisión anterior, el cual fue resuelto mediante Resolución 778 del 13 de mayo de 2014, de manera negativa. Su reclamación se debió a que a momento de hacer su liquidación de prestaciones sociales no se le tuvo en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad, así mismo no se le incluyó en la liquidación de la prestación anterior los porcentajes recibidos como prima de actualización.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas se expusieron las siguientes: artículos 1, 2, 4, 13, 29, 53, 84, 85, 366 de la Constitución Nacional, Ley 4 de 1992, Decreto 1211 de 1990.

El actor señala que los actos administrativos demandados se encuentran incursos en falsa motivación y desviación de las atribuciones propias de quien las profirió, lo anterior, teniendo en cuenta que la administración, al momento de liquidar sus cesantías definitivas, aplicó, en lo que respecta a la doceava parte de la prima de navidad, un cálculo matemático que no está establecido en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, pues la fórmula utilizada es completamente desfavorable a sus intereses, y le genera desigualdad y discriminación, contraviniéndose con ello, los artículos 13 y 84 de la Constitución Política.

⁴ Folios 11-12

13-001-33-33-004-2015-00036-01

Explica que, la prima de navidad está consagrada en el artículo 95 del Decreto 1211 de 1990, norma que trae consigo el procedimiento matemático para calcular su valor, y que expone que, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a percibir anualmente del Tesoro Público una prima de Navidad equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo. Así las cosas, de la lectura de la norma citada, se entiende sin mayor esfuerzo que el cálculo matemático a aplicar para determinar el valor de la prima de navidad son todos los haberes percibidos por el funcionario público. Por esa razón, el procedimiento aplicado por la Armada Nacional en virtud de la Directiva Ministerial es completamente violatorio de los artículos 29, 84 y 85 de la Constitución Política.

Alega, que la doceava parte de la prima de navidad, que debe ser incluido en el reconocimiento de las cesantías definitivas, debe ser liquidada con fundamento en los últimos haberes percibidos por el militar en servicio activo, aspectos que no tuvo en cuenta el Ministerio de Defensa al momento de proferir la Directiva Ministerial que trajo consigo fórmulas matemáticas inequitativas para liquidar dicho concepto. Afirma que no existe fundamento legal alguno que justifique la desigualdad material y formal que la Armada Nacional está empleando para hacer la liquidación de la doceava parte de la prima de navidad para determinar el valor de las cesantías definitivas, frente a la fórmula que se utiliza en la División de Nóminas para un funcionario que labora el año completo.

En lo que se refiere a la inclusión de la prima de actualización expuso, que la misma debe ser reconocida, toda vez que fue devengada por él desde el año 1994 hasta 1996 y la misma constituye un factor prestacional para la liquidación de las cesantías definitivas, conforme con los Decretos 335/92, 25/93, 65/94 y 133/95.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL⁵

Manifiesta que se opone a todas las pretensiones de la demanda, como quiera que la entidad ha actuado conforme a la normatividad aplicable al caso concreto y el actor no ha probado la ilegalidad o nulidad de los actos administrativos acusados, así como tampoco se ha probado que tenga

⁵ Folio 50-57

13-001-33-33-004-2015-00036-01

derecho a la inclusión de la prima de actualización dentro de la liquidación de sus cesantías definitivas y a la prima de navidad en la cuantía que exige.

En cuanto a los hechos expuso que son ciertos los valores devengados por el actor; sin embargo, los mismos no pueden ser incluidos todos en la liquidación de la duodécima parte de la prima de navidad en las respectivas cesantías definitivas. Sostiene que la Directiva Ministerial solo indica la forma como debe liquidarse la prima de navidad, según la vigencia de cada decreto y en ningún momento hace interpretaciones distintas a las reguladas en la ley, y menos aún, hace modificaciones al Decreto 1211/90, puesto que, no esta enlistado dentro del art. 158 de ese decreto como factor para liquidar las prestaciones sociales.

Afirma que la prima de actualización no puede ser tenida en cuenta para liquidar las cesantías, toda vez que el Consejo de Estado ha expuesto que la misma tuvo una vigencia transitoria desde 1992 a 1995 y en la actualidad se encuentra incluida en el salario, por lo que no puede hacerse un pago doble de la misma.

Como excepciones propone la presunción de la legalidad del acto acusado, cobro de lo no debido, buena fe e innominada.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Con providencia calendada el 24 de mayo de 2018, la Juez Cuarta Administrativo de esta ciudad, dictó sentencia de primera instancia en la que decidió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución N°. 0394 del 26 de marzo de 2014, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de cesantías definitivas al demandante y la Resolución N°. 0778 del 13 de mayo de 2014, por medio de la cual se resuelve recurso de reposición contra el acto precitado.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho, ORDENASE, a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL-, a reliquidar las cesantías definitivas del actor atendiendo a lo dispuesto en el artículo 95 del Decreto 1211 de 1990, en lo que respecta a la partida de prima de navidad.

⁶ Folio 371-380

13-001-33-33-004-2015-00036-01

CUARTO: CONDÉNASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL-, a pagar al demandante las diferencias que resulten en su favor entre los valores que le fueron reconocidos anteriormente por concepto de cesantías definitivas y los que se le deben reconocer, en virtud de lo dispuesto en el presente proveído. Las sumas que resulten a favor del demandante, de la reliquidación ordenada en la presente providencia, deberán ser indexadas (...)

QUINTO: NIÉGASE las demás pretensiones, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia".

En lo que se refiere a la liquidación de la duodécima parte de la prima de navidad, la juez de primera instancia expuso que la liquidación de la misma debía realizarse conforme lo establece el artículo 95 del Decreto 1211 de 1990, es decir, con la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año (para este caso el 2013), de acuerdo con su grado o cargo.

En ese sentido, y conforme con las pruebas allegadas al proceso, concluyó que la duodécima parte de la prima de navidad del accionante correspondía a \$254.824.99, valor que es superior al que fue tenido en cuenta en la liquidación realizada por la entidad encartada (\$212.169), por lo debía declararse la nulidad del acto administrativo demandado.

En cuanto a la prima de actualización expuso, que la misma fue creada con carácter temporal, pues en los decretos que la regularon se dispuso que ésta tendría efecto hasta cuando se consolidase la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, lo que efectivamente se logró con el Decreto 107 de 1996, el cual derogó expresamente en el Decreto 133 de 1995. Además de lo anterior, el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, no la incluyó la prima de actualización como partida computable para efectos de liquidar la prestación unitaria de cesantías.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1 Parte demandante⁷.

Solicita que se modifique la sentencia de primera instancia pues, a su juicio la Juez a quo erró en el cálculo de la prima de navidad, como quiera que le dio un valor de 254.824 pesos cuando en realidad lo que corresponde

⁷ Folio 4-5 cdno apelaciones

13-001-33-33-004-2015-00036-01

reconocer son 263.285 pesos; lo anterior, teniendo en cuenta el último salario devengado por el actor en el año 2014, tal y como lo establece el parágrafo 1 del artículo 95 del Decreto 1211/90.

Manifiesta que no es cierto que deban excluirse la prima especial del Decreto 2863/07, ni la jineta por buena conducta, por el hecho de que el artículo 158 no las incluye; lo que debe tenerse en cuenta es el art. 95 del Decreto 1211/90.

3.4.2 Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional⁸

Manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión presentados dentro del asunto de la referencia, los cuales contienen los elementos para la defensa de la entidad.

Agrega que la primera instancia se equivoca en su análisis ya que se limita, únicamente, a estudiar lo dispuesto en el artículo 95 del Decreto 1211 de 1990, es decir que la prima de navidad es equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo, pero deja de lado lo dispuesto en el artículo 158 del mismo decreto, que establece que solamente se tendrán en cuenta las partidas señaladas en ese artículo, para liquidar las cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

En ese orden de ideas explica que, el artículo 95 del Decreto 1211 de 1990, para efectos de pago de cesantías, debe ser interpretado de manera armónica con el contenido imperativo consagrado en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990; por lo que, para efectos de la liquidación de las cesantías del señor ADOLFO BUSTOS MORENO solo se podían incluir dentro de la prima de navidad: sueldo básico, el subsidio familiar, la prima de antigüedad/servicio y prima de actividad; tal y como se hizo en los actos acusados.

El error de la primera instancia consistió en desconocer lo dispuesto en el parágrafo del artículo 158 de la norma citada; y, con base en ello, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de sus cesantías con la inclusión de la prima de navidad prevista en el artículo 95 del Decreto

⁸ Folio 282-285 (sic)

13-001-33-33-004-2015-00036-01

1211 de 1990 ya que la inclusión de la prima de navidad debe hacerse teniendo en cuenta los factores dispuestos en el artículo 158 ibídem.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 17 de julio de 2018⁹, sin embargo, la parte accionante presentó el 26 de julio de 2018 un escrito en el que se adhiere al recurso de apelación de la entidad demandada y sustenta el mismo¹⁰; frente a lo anterior, el Tribunal Administrativo se pronunció el 13 de diciembre de 2018, admitiendo ambas impugnaciones¹¹; y, el 5 de febrero de 2019, de dictó el auto que ordena correr traslado para alegar de¹².

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 La parte demandante alegó de conclusión, ratificándose en los argumento de la impugnación¹³.

3.6.2 La parte demandad – CREMIL alegó de conclusión, ratificándose en los argumento de la impugnación¹⁴.

3.6.3 El Ministerio Público no presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

⁹ Folio 2 c. de apel.

¹⁰ Folio 4-5 c. de apel.

¹¹ Folio 7 c. de apel.

¹² Folio 11 c. de apel.

¹³ Folio 16 c. de apel.

¹⁴ Folio 14-15 c. de apel.

13-001-33-33-004-2015-00036-01

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los recursos de apelación presentados por las partes, le corresponde a este Tribunal resolver lo siguiente:

¿Tiene derecho el señor ADOLFO BUSTOS MORENO, a que se ordene la reliquidación de sus cesantías definitivas, a partir del reajuste en el cálculo de la duodécima parte de la prima de navidad?

¿Es aplicable el artículo 158 del Decreto 1211/90, para liquidar la duodécima parte de prima de navidad?

¿Qué sueldo básico debe tenerse en cuenta para liquidar la prima de navidad, el de noviembre de 2013 o el del año 2014?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión considera que el señor ADOLFO BUSTOS MORENO, tiene derecho a que se ordene la reliquidación de sus cesantías definitivas, a partir del reajuste en el cálculo de la duodécima parte de la prima de navidad, teniendo en cuenta que la liquidación de la prima de navidad que debió ser pagada al demandante fue la suma de \$238.495,90, y como se le pagó \$212.169 el valor a cancelar como reajuste por parte de la demanda y a título de restablecimiento del derecho es la suma de veintiséis mil trescientos veintiséis pesos con noventa centavos (\$26.326,90).

En cuanto al segundo problema jurídico, no es objeto de debate en este asunto cuales son los factores para la liquidación de las prestaciones sociales contempladas en el art. 158 del Decreto 1211 de 1990, el eje central de este proceso es como se liquida la prima de navidad, la cual es conforme al art. 95 de dicho decreto, que ordena hacerlo con todos los haberes recibidos en el mes de noviembre de cada año, pero que debe excluirse la prima mensual regulada en el Decreto 2863 de 2007, por no ser factor salarial para efectos prestacionales.

13-001-33-33-004-2015-00036-01

En cuanto al tercer problema jurídico, la entidad tomó los haberes o los valores del año 2014, excepto para la prima de navidad, ya que esta se pagó en el mes de diciembre, que era la que tenía que tenerse en cuenta porque el actor dejó de trabajar el 3 de febrero de 2014, en consecuencia, si se liquidara proporcional solo tendría derecho a 32 días de esa anualidad que fueron los trabajados, y su liquidación sería menor o menos favorable.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Prima de navidad y su reconocimiento como factor dentro salarial para liquidar prestaciones unitarias.

El Decreto 1211 de 1990, en su artículo 162, establece que los Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares que durante la vigencia de este decreto se retire o sea retirado del servicio activo, por cualquier causa, **tendrá derecho a que el tesoro público le pague, por una sola vez, un auxilio de cesantía igual a un mes de haberes correspondientes a su grado por cada año de servicio o fracción de seis (6) meses o más, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158,** y a las indemnizaciones que legalmente le puedan corresponder liquidadas igualmente conforme al artículo antes citado.

A su turno, el artículo 158 establece la forma como deben liquidarse las prestaciones, al respecto expone lo siguiente:

“ARTÍCULO 158. Liquidación prestaciones. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- **Duodécima parte de la prima de Navidad.**
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este

13-001-33-33-004-2015-00036-01

estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto que se tiene que, a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares las cesantías definitivas se les liquidan teniendo en cuenta un mes de haberes (dependiendo su grado), por cada año de servicios prestados o fracción. Para liquidar la prestación anterior, la entidad nominadora deberá tener en cuenta los siguientes factores: el Sueldo básico, la prima de actividad, la prima de antigüedad, la prima de estado mayor, la 1/12 parte de la prima de navidad, la prima de vuelo, los gastos de representación y el subsidio familiar.

Ahora bien, en lo que se refiere a la prima de navidad, el artículo 95 del Decreto 1211/90 establece que, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, **tendrán derecho a percibir anualmente del tesoro público una prima de navidad equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año**, de acuerdo con su grado o cargo. De igual forma, cuando los Oficiales o Suboficiales no hubieren servido el año completo, tendrán derecho al reconocimiento de la prima de Navidad a razón de una duodécima (1/12) parte por cada mes completo de servicio, **liquidada con base en los últimos haberes devengados.**

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

Los hechos relevantes para resolver la apelación presentada por la parte actora, son los siguientes:

- Conforme la Resolución 0050 del 15 de enero de 2014, el señor ADOLFO BUSTOS MORENO fue retirado del servicio, por solicitud propia a partir del 3 de febrero de 2014. En dicho acto administrativo, se expone que los funcionarios retirados continuaran dados de alta en la respectiva contaduría, por 3 meses (fl. 92-93).
- Mediante Resolución 394 del 26 de marzo de 2014, la Armada Nacional, le reconoció al actor, sus cesantías definitivas en una cuantía de \$ 2.758.197, para ello, se tuvo en cuenta los siguientes factores (fl. 15-16):

Factores	%	Valor
----------	---	-------

13-001-33-33-004-2015-00036-01

Sueldo básico		1.322.612
Subsidio familiar	35	462.914
Prima de antigüedad/servicio	20	264.522
Prima de actividad	37.5	495.980
Prima de navidad		212.169
Totales mensuales		2.758.197

Como quiera que el actor trabajó por 21 años, las cesantías reconocidas fueron en cuantía de \$57.922.137, a ello se le dedujeron \$50.908.980 (por traslados a la Caja Promotora de Vivienda Militar), por lo que al actor solo se le reconocieron \$7.013.157, pesos por cesantías definitivas.

- Recurso de Reposición del 1 de abril de 2014, por medio del cual el actor solicita la reliquidación de la duodécima parte de la prima de navidad y la inclusión de la prima de actualización en la liquidación de las cesantías (fl. 17-18).
- Resolución 778 del 13 de mayo de 2014, por medio de la cual se confirma la decisión anterior. Al respecto expone que, para calcular la prima de navidad no deben tomarse todos los factores salariales devengados por el actor, sino aquellos que establece el artículo 158 del Decreto 1211/90, tal y como se realizó (fl. 19-21).
- Certificado de salario devengado en el mes de abril de 2014, por el señor ADOLFO BUSTOS MORENO, en el que se advierten los siguientes factores: sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar, prima de actividad, subsidio de alimentación, prima del Decreto 2863/07 artículo 1, jineta (fl. 74).
- Certificado del 18 de mayo de 2016, en el que consta el sueldo básico del actor, con el incremento del año 2014, en valor de \$1.322.612 (fl. 111)
- Certificado en el que consta el sueldo devengado por el accionante en el mes de noviembre de 2013, en un valor de \$3.057.899.95 (fl. 278).
- Certificado en el que consta el sueldo devengado por el accionante en el mes de diciembre de 2013, en un valor de \$3.057.899.95 (fl. 279).
- Certificado en el que consta el sueldo devengado por el accionante en el mes de enero de 2014, en un valor de \$3.066.465.53 (fl. 280).

13-001-33-33-004-2015-00036-01

- Certificado en el que consta el sueldo devengado por el accionante en el mes de febrero de 2014, en un valor de \$5.801.146.80 (fl. 281).
- Directiva 012 del 17 de abril de 2012, proferida por el Ministerio de Defensa (fl. 366)

1 OFICIALES Y SUBOFICIALES

A. Factor prestacional (FP)

FP = Sueldo Básico + Prima de Actividad + Subsidio Familiar + Prima de Antigüedad + Prima de Vuelo + Prima de Estado Mayor + Gastos de representación + 1/12 prima de Navidad

4.1.1.1. LIQUIDACIÓN DE LA DUODECIMA PARTE PRIMA DE NAVIDAD (1/12 PN):

A. EN VIGENCIA DEL DECRETO 1211 DE 1990 Y NORMAS ANTERIORES:

1/12 PN = Total factor prestacional dividido por 12

B. EN VIGENCIA DEL DECRETO 2070 DE 2003, SOLO PARA PENSIONES

1/12 PN = Prima de Navidad devengada dividido por 12

C. EN VIGENCIA DEL DECRETO 4433 DE 2003, SOLO PARA PENSIONES Y ASIGNACIÓN DE RETIRO:

1/12 PN = últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro dividido por 12, sin incluir adicionales y seguro de vida subsidiado.

7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencia

En el caso bajo estudio se demanda la nulidad de la Resolución No. 0394 del 26 de marzo de 2014, mediante el cual se reconoce y ordena el pago de unas cesantías definitivas y la Resolución No. 0778 del 13 de mayo de 2014 mediante la cual se confirmó la primera decisión.

La Juez de primera instancia consideró razonable los argumentos de la parte accionante, por lo que accedió parcialmente a sus pretensiones, pero, liquidó la prima de navidad con los haberes recibidos por el señor Bustos Moreno, en noviembre del año 2013, como lo dispone el primer inciso del art 95 del Decreto 1211/90. Como quiera que ambas partes se encuentran insatisfechas con la decisión, presentaron recurso de apelación; el actor, para que se modifique la liquidación de la prima con los haberes recibidos cuando fue retirado (año 2014), y la entidad accionada, para que se revoque la sentencia toda vez que para liquidar la prima de navidad solo deben considerarse los factores incluidos en el artículo 158 del Decreto 1211/90.

De acuerdo con lo anterior, la Sala procederá a resolver la impugnación de la Nación -Ministerio de Defensa- Armada Nacional, a efectos de verificar si el accionante tiene derecho o no a lo que solicita; en caso de que sí tenga

13-001-33-33-004-2015-00036-01

derecho, se procederá a estudiar la apelación del mismo para determinar si hay lugar o no a la modificación de la sentencia de primera instancia.

Lo primero que se debe dejar claro, es que el artículo 158 se encuentra ubicado dentro del Capítulo II del Decreto 1211/90, el cual se refiere a **las prestaciones por retiro**, dentro de las cuales se encuentran las cesantías, las indemnizaciones, asignación de retiro, entre otras. Al respecto, el artículo en cita determina que, *“al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así: (...)”*; al respecto, considera esta Sala que la norma en cita hace alusión a las prestaciones de retiro, es decir, cesantías, indemnizaciones, a efectos de establecer cuáles son los factores aplicables para su liquidación; pero ello no quiere decir, que los emolumentos descritos en el mismo artículo 158, deban liquidarse únicamente con las partidas que de forma taxativa establece este artículo; lo anterior, teniendo en cuenta que cada uno de esos factores, que componen el artículo 158, tiene su propia forma de liquidación, y las mismas se encuentran descritas en los artículos 73 a 106 del Decreto 1211/90; así las cosas, para el caso especial de la prima de navidad, la regla aplicable es la detallada en el artículo 95 del Decreto 1211/90.

En orden de lo explicado, considera esta Judicatura que no le asiste razón a la Armada Nacional cuando afirma que, para liquidar la prima de navidad, deban acogerse únicamente los factores establecidos en el artículo 158 del Decreto 1211/90, pues, como lo expuso la Juez de Primera instancia, la norma aplicable es la contenida en el artículo 95 del mencionado decreto, es decir, la totalidad de los haberes devengados. Respecto a lo anterior, es necesario resaltar que el artículo en comento habla de haberes, en ningún momento hace alusión a factores salariales o emolumentos que constituyan salario; sin embargo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2863 de 2007, que a la letra reza”

“Artículo 1º. Adicionar un párrafo al artículo 4º del Decreto 1515 de 2007, así:

“Parágrafo. Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, mientras ostenten los grados de Teniente Coronel y Capitán de Fragata, tendrán derecho a una prima mensual sin carácter salarial ni prestacional, equivalente a dos punto setenta y siete por ciento (2.77%) de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación.

Los Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, mientras ostenten el grado de Sargento Primero en el Ejército Nacional o su equivalente en las demás fuerzas, **tendrán**

13-001-33-33-004-2015-00036-01

derecho a una prima mensual sin carácter salarial ni prestacional, equivalente a uno punto noventa y dos por ciento (1.92%) de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación.”(las negrillas no son del texto)

Así las cosas, de acuerdo al certificado relacionado en el acápite de pruebas que obra en el folio 278 del expediente, se observa que el demandante recibió esta prima en el porcentaje de 1.92% que corresponda 195.992,11 puesto que tenía la condición de SJ (suboficial jefe), por lo tanto, esta suma no puede ser incluida para efectos de liquidar la doceava parte de la prima de navidad, en consecuencia, de lo recibido en noviembre cuyo total fueron:

Total recibido en noviembre de 2013	Prima a descontar (1.92%)	Total de haberes a tener en cuenta	Factor a dividir (/)	Prima de navidad
\$3.057.899.95	\$195.949.11	\$2.861.950,84	12	\$ 238.495,90

La norma anterior se reitera en el Decreto 1017 de 21 de mayo de 2013, el cual estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de ese año, el cual reza

“ARTÍCULO 20. Los Oficiales, Suboficiales, Agentes y empleados públicos del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en servicio activo, tienen derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre de cada año, de acuerdo con su grado y cargo.(...)”.

En ese orden de ideas, la Sala no acoge los argumentos que la Nación-Ministerio de Defensa – Armada Nacional expone en su escrito de alzada y contestación de la demanda cuando equivocadamente establece que las únicas partidas computables son las del art. 158 del Decreto 1211 de 1990, eso no esta en discusión, el objeto del debate es como se liquida la prima de navidad y en eso hay coincidencia entre lo dispuesto en el fallo de primera instancia y la alzada , es decir, esta prima se liquida con todos los haberes recibidos a noviembre de 2013, lo que no comparte esta instancia con lo dispuesto en los actos demandados, cuando sin justificación alguna excluye haberes recibidos por el demandante en el mes de noviembre de 2013 , y frente al fallo de primera instancia, cuando este no excluye la prima mensual, que como quedó establecido en párrafos anteriores, no constituye factor para efectos prestacionales.

13-001-33-33-004-2015-00036-01

Frente a la apelación del demandante que solicita se reliquide o se aumente las cesantías en la suma de \$263. 285, la misma no es de recibo puesto que, al verificar si existe error en el cálculo de la duodécima parte de la prima de navidad, es preciso indicar que, tal y como se expuso en los hechos probados, el actor fue retirado del servicio el 3 de febrero de 2014, pero continuó de alta por 3 meses más, conforme el Decreto 4433/04, percibiendo salario y prestaciones sociales, es decir, hasta el 3 de mayo de 2014. Que conforme con el certificado de salarios visible a folio 111 del expediente, se tiene que el sueldo básico del actor, para abril de 2014, era de \$1.322.612 (aplicado el incremento anual), por lo que el mismo es el que se debe tener en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales, así como lo realizó la entidad accionada en la resolución atacada, al liquidar las cesantías (fl. 15); pues en dicha resolución, se calcularon cada uno de los factores sobre la base del salario de año 2014 con el respectivo aumento hecho por el Gobierno Nacional, así:

Factores	%	Valor
Sueldo básico		1.322.612
Subsidio familiar	35	462.914
Prima de antigüedad/servicio	20	264.522
Prima de actividad	37.5	495.980
Prima de navidad		212.169
Totales mensuales		2.758.197

En cuanto a la prima de navidad, este es el objeto de este proceso y la materia del recurso de apelación, no los demás factores, sin embargo, no puede tenerse en cuenta ningún factor con valores del año 2014, porque la prima de navidad, la cual se cancela en el mes de diciembre, se liquida como se dijo en párrafos anteriores con lo devengado en el mes de noviembre , por lo que incluir valores distintos de los que percibió en ese mes y que fue la ultima prima que se recibió por el demandante, debe recordarse que se retira en febrero y no alcanza a configurar una nueva prima para el mes de noviembre de 2014, y si se le aplica el parágrafo del art. 95 del Decreto 1211/1990, solo se le tendría en cuenta el mes de enero junto con los 3 días del mes de febrero, y los 3 meses de alta, según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ no son tenidos en cuenta para estos

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A". CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Bogotá, D.C., 1 de marzo de 2018. Expediente: 17001233300020140034201.

13-001-33-33-004-2015-00036-01

efectos, porque se entiende que ya está en situación de retiro; lo que llevaría a un detrimento de la liquidación del demandante; por lo que no es de recibo el argumento de la apelación del actor.

En ese orden de ideas, se modificará la sentencia de primera instancia, en lo que respecta al restablecimiento del derecho, a efectos de ordenar la reliquidación de la duodécima parte de la prima de navidad, teniendo en cuenta que la liquidación de la prima de navidad que debió ser pagada al demandante fue la suma de \$238.495,90, y como se le pagó \$212.169 el valor a cancelar como reajuste por parte de la demanda y a título de restablecimiento del derecho es la suma de veintiséis mil trescientos veintiséis pesos con noventa centavos (\$26.326,90), los cuales deberán ser pagados de forma indexada conforme al inciso final del art. 187 del C.P.A.C.A.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, 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 Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como quiera que en este asunto, prosperó el recurso parcialmente el recurso de apelación de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, por ello no será condenado en costas el demandante que si bien, no le prosperó el recurso, si las pretensiones de la demanda; por lo que la Sala considera que no hay lugar en esta instancia a condena de esta naturaleza.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia, el cual quedará así:

13-001-33-33-004-2015-00036-01

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, reliquidar las cesantías definitivas del actor atendiendo a lo dispuesto en el artículo 95 del Decreto 1211 de 1990, en lo que respecta a la partida de la prima de navidad, para la cual, se tendrá en cuenta para la liquidación de la prima de navidad que debió ser pagada al demandante fue la suma de \$238.495,90, y como se le pagó \$212.169 el valor a cancelar como reajuste por parte de la demanda y a título de restablecimiento del derecho es la suma de veintiséis mil trescientos veintiséis pesos con noventa centavos (\$26.326,90)”.

SEGUNDO: En lo demás **CONFÍRMESE** la sentencia apelada.

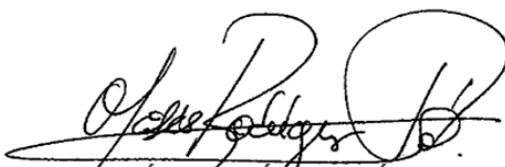
TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS en esta instancia, por lo expresado en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 047 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN