



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso : 81001 3333 751 2015 00012 01
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Enrique Lozano Badillo
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 24 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, mediante la cual accedió a una de las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Enrique Lozano Badillo instauró demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- (fl. 1-19), en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dentro de los **hechos** que se invocan, señala que la Caja le viene liquidando la asignación de retiro teniendo en cuenta el salario mínimo más el 40%, toma el 38.5% y adiciona el sueldo básico y al total le aplica el 70%, no incluyó la duodécima parte de la prima de navidad, y ante la petición de reliquidación, la respuesta fue negativa.

Como **pretensiones** solicita que se declare la nulidad del Oficio 35389 del 28 de mayo de 2015, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro, y como consecuencia, se le ordene hacerlo en los aspectos que pide, entre otras. Presenta como **normas violadas** la Constitución Política (Artículos 2, 4, 6, 13, 29, 53), las Leyes 4 de 1992, 131 de 1985; y los decretos 1793 y 1794 de 2000, 4433 de 2004; y como **concepto de la violación**, manifiesta que las normas de rango constitucional citadas se vulneran de manera flagrante por CREMIL al efectuar la liquidación de su asignación de retiro; se refiere al reajuste del 20%, a la aplicación del 70% sin atender al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y a la duodécima parte de la prima de navidad.

2. La contestación de la demanda

La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda (fl. 36-84); 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 1211 de 1990. Y se refiere a la legalidad de sus actuaciones y la correcta aplicación de las disposiciones vigentes.

Presenta como excepciones, las de *"correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro"*, *"inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste solicitado 40%-60%"*, *"inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad"*, *"no configuración de violación al derecho a la igualdad"*, y *"no configuración de falsa motivación"*.

3. La sentencia apelada

El Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en sentencia del 24 de agosto de 2018 (fl. 155-175), declaró la nulidad del oficio demandado y accedió a la pretensión de aplicación de la fórmula del 70% más el 38.5%, y negó los demás conceptos pedidos.

Expuso 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; sobre el reajuste del 20% expresa que CREMIL ya lo efectuó mediante Resolución 11489 de 2018; y sobre la duodécima parte de la prima de navidad, consignó que se debería ordenar la inclusión "(...) del promedio de la doceava parte de la prima de navidad de que trata el numeral 13.1.7 de la mencionada norma, en la liquidación de la asignación de retiro del señor ENRIQUE LOZANO BADILLO, sin embargo, una vez revisada la hoja de servicios del demandante (fl. 5), se tiene que a la fecha fiscal del retiro dicho haber no había sido devengado, razón por la cual, no es procedente ordenar su inclusión en la reliquidación de la asignación de retiro".¹

4. Los recursos de apelación

4.1. El demandante impugnó (fl. 176-187) la sentencia en relación con tres aspectos: Sobre el reajuste pedido del 40% al 60% para el cómputo de la asignación de retiro, expresó que como soldado voluntario tenía el derecho del incremento del 60% sobre el salario mínimo, y la hoja de servicios expedida por el Ejército Nacional es para constatar el cumplimiento de los requisitos objetivos de reconocimiento de la

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, 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.



prestación vitalicia, cosa muy distinta a que se requiera para determinar el monto de la asignación de retiro.

Respecto de la duodécima parte de la prima de navidad, expone que es un ingreso adicional que en servicio activo devengó, pero no fue incluida como partida computable para liquidar el derecho pensional, de tal forma que es viable la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. También apela la aplicación de la prescripción trienal de la pretensión que se concedió, solicitando la cuatrienal.

4.2. La entidad interpuso el recurso de apelación (fl. 188-189) 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 admitieron los recursos de apelación y se ordenó la presentación de alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público (fl. 231).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. La parte demandante guardó silencio (fl. 239).

6.2. La entidad expone (fl. 237-239) los criterios sobre la legalidad de sus actuaciones y se refiere al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo ha aplicado.

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no lo emitió en esta instancia (fl. 241).

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 las partes en sus respectivas impugnaciones?

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 uno de los recursos de apelación se planteó discusión sobre el tema de la prescripción, por lo que amerita pronunciamiento más adelante. 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 1752 de 2010, por la que se le otorgó la asignación de retiro al demandante (fl. 6-7).
- b. La petición del demandante (fl. 2).
- c. Acto administrativo demandado: Oficio 0035389 del 28 de mayo de 2015, expedido por CREMIL (fl. 3).
- d. Documentos de la hoja de vida y certificaciones de pagos salariales del demandante (fl. 4-5, 49-84).

4. Caso concreto

4.1. Mediante el proceso, el demandante reclama el reajuste de su asignación de retiro con la aplicación correcta para determinar el monto, en tres aspectos: (i). Tomar el salario mínimo con el incremento del 60%; (ii). Aplicar el 70% del salario básico y a esta suma adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, sin afectar doblemente ésta prestación; y (iii). Incluir la duodécima parte de la prima de navidad.

En la sentencia que se cuestiona se accedió en el segundo de los aspectos pretendidos, se advirtió que el primero ya se concedió por el Ejército Nacional, y negó el último.

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; CGP es el Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, y "a" es una carpeta de Anexo.



Todo ello fue objeto de apelación.

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-, 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 de los recursos de apelación y se extrae como conclusión, que cuestionan lo siguiente:

Parte demandante

- Como soldado voluntario tenía el derecho al incremento del 60% sobre el salario mínimo, y ese es el porcentaje que se debe tener en cuenta.
- Debe incluirse la duodécima parte de la prima de navidad.
- La prescripción que se debe aplicar es la cuatrienal

Parte demandada

- Se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, pero tal como lo aplica la entidad.
- Pide la indexación de los descuentos, por sostenibilidad fiscal.

4.3. Frente al primer reproche que hace el demandante contra la sentencia apelada, en el expediente se probó que la asignación de retiro se liquidó con el salario mínimo mensual legal vigente más el 40% (fl. 59, 77, 84).

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.



El apelante no tuvo en cuenta en su recurso, que el Juez le negó esta pretensión por la circunstancia de haberse ya satisfecho en vía administrativa (fl. 163), toda vez que se anexó al expediente la Resolución 11489 de 2018, con la que CREMIL ordenó el incremento que se buscaba en este proceso (fl. 170-174).

En efecto, el apelante guardó silencio sobre el tema, y se ocupó de reiterar los argumentos que respaldaban su pretensión de reajuste de la asignación de retiro con el 60% del salario devengado. En esta instancia se constata que con dicho acto administrativo favorable a sus intereses en lo que aquí reclama por lo mismo, no es procedente ordenar de nuevo lo que ya se le concedió, pero se hace la advertencia que cualquier inconformidad del demandante contra la resolución, su análisis escapa al presente proceso, pues aquí no fue cuestionada.

Por lo tanto, el reproche contra la sentencia que se apeló no prospera.

4.4. En el segundo cargo que presentó el demandante en su recurso, reprocha que debe incluirse en la liquidación de la mesada de la asignación de retiro, la duodécima parte de la prima de navidad.

En este aspecto, se establece que la Hoja de Servicios no prueba que el demandante hubiera recibido prima de navidad dentro de su remuneración (fl. 5), como también lo descarta la certificación que se le expidió (fl. 59), por lo cual no le era dable a CREMIL incluirla en la liquidación de sus mesadas, ni es viable hacerlo en vía judicial en el presente proceso.

De manera que la autoridad competente para modificar la Hoja de Servicios es el Ejército Nacional, entidad que no fue demandada en este caso; el demandante podría disponer de los instrumentos normativos que le brinda el ordenamiento jurídico colombiano para impugnarla desde cuando se le expidió y la conoce, esto es, el 5 de febrero de 2010 (fl. 5), si persiste en solicitar dicho concepto.

Dentro de las reglas para el otorgamiento del derecho a la asignación de retiro, se encuentra que por el Decreto 2342 de 1971 se reorganizó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- y dentro de las funciones se le asignó la de *"Reconocer y pagar a sus afiliados las asignaciones de retiro, pensiones a su beneficiarios y demás prestaciones que la Ley les señale"* (Literal c, artículo 3), que por mandato del Decreto 1211 de 1990, *"se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa"* (Artículo 234), la cual *"será elaborada de acuerdo con Reglamentación del Ministerio de Defensa Nacional y expedida por el Jefe de Personal, con la aprobación del respectivo Comandante de Fuerza"* (Artículo 235).



De ahí que la Hoja de Servicio es el documento fundamental para liquidar la asignación de retiro, y como su expedición es de competencia del Ejército Nacional y del aportado se desprende que el demandante no percibía prima de navidad, CREMIL no podía desconocerlo⁶.

Este criterio tiene pleno respaldo jurisprudencial del Consejo de Estado, que ha definido que en tratándose de la liquidación de la asignación de retiro, CREMIL no puede desconocer los conceptos que efectivamente pagó el Ejército Nacional; entre otras sentencias: M. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, 29 de abril de 2015, rad. 11001 0315 00020150038000; M. P. (E) William Hernández Gómez, 23 de mayo de 2016, rad. 110010315000 201600989 00; M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 9 de agosto de 2016, rad. 11001 03150002016 0178900; M. P. Rocío Araujo Oñate, 6 de septiembre de 2017, rad. 11001 0315 000 2017 01041 01.

En consecuencia, al no estar incluida la prima de navidad en la Hoja de Servicios que se aportó al expediente, requisito indispensable para que CREMIL proceda a computarla como se pide, no prospera este cargo del recurso de apelación.

4.5. El tercer reproche que planteó el apelante contra la sentencia de primera instancia, se refiere a que en su criterio, se debe aplicar la prescripción cuatrienal y no la trienal como lo dispuso el Juzgado.

Es necesario precisar que se trata del concepto que concedió el *a quo*, consistente en la reliquidación de la asignación de retiro mediante la aplicación correcta de la fórmula con los porcentajes del 70% del salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad fijada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como en forma expresa lo pidió el demandante en sus pretensiones.

En consecuencia, la norma jurídica que contiene la regla de prescripción extintiva de derechos prestacionales en la Fuerza Pública para la fecha a partir de la cual se otorgó el concepto concedido, es el propio Decreto 4433 de 2004, del que no puede escindirse el tema en cuestión, esto es, no puede predicarse que se aplique a favor una parte específica de una disposición normativa porque favorece, pero pedir al mismo tiempo que se omita de la misma, otro acápite por considerarlo desfavorable (El de prescripción cuatrienal del Decreto 1211 de 1990); la consagración sobre el tema establece:

"Artículo 43. *Prescripción*. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

⁶ Cuando se trata de demandas por el incremento del 40% al 60% sobre el salario mínimo mensual legal vigente y con fundamento en precedentes jurisprudenciales, es viable decidir, en criterio no unánime de la Sala, sin esta exigencia de modificación o complementación de la Hoja de servicios.



El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso".

Por lo tanto, al concepto de pago por las diferencias en las mesadas que surjan en virtud de la reliquidación con la fórmula correcta de los porcentajes del 70% del salario y el 38.5% de la prima de antigüedad que se otorgó en primera instancia, le es aplicable la prescripción trienal, y no la cuatrienal que pretende el demandante.

De ahí que no prospera el recurso de apelación de Lozano Badillo.

4.6. En el primer cargo que plantea la impugnación presentada por la parte demandada, sostiene que la entidad aplica de manera correcta la liquidación de la asignación de retiro respecto de los porcentajes del 70% del salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad.

4.6.1. 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 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) señala el marco de interpretación de dicha norma jurídica, y 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 (...)".

4.6.2. 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 1752 de 2010, 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. 6-7).

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 83-84, emanado de la propia entidad estatal demandada -Se toma el SMMLV de 2014, incrementado en el 40%-, en el cual se observa que el 70% lo obtiene luego de sumar el salario mensual más 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 solo sobre el salario mensual, y luego a ese subtotal, se le suma de manera completa el 38.5% de la prima de antigüedad; en este caso y con los mismos datos, el resultado es \$797.914.04.

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 corresponde⁷.

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.

⁷ Cremil aplica: Valor asignación de retiro = (Sueldo + Prima de antigüedad) * 70%:
Esto es: (\$862.400 + \$194.234) * 70% = \$739.643.

La fórmula correcta es: Valor asignación de retiro = (Sueldo * 70%) + Prima de antigüedad
Esto es: (\$862.400 * 70%) + \$194.234 = \$797.914.



4.7. 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.

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.

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.

4.8. Por lo tanto, y ante el problema jurídico planteado, se responde que no procede revocar la sentencia apelada, pero sí se modificará conforme con lo que se estableció 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 24 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en el sentido de adicionar al numeral tercero 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