



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

REF.: Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral -Apelación Sentencia

Demandante: JORGE ILARIO ALCARAZ LAVERDE

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)

Radicación: 20-001-33-33-001-2015-00443-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I.- ASUNTO

Procede la Sala a dar cumplimiento al fallo de tutela proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 27 de marzo de 2019, que dejó sin efectos la sentencia del 19 de julio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cesar y ordenó proferir una nueva decisión en la que se desate el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 28 de noviembre de 2017 del Juzgado Primero Administrativo de Valledupar, con el fin de que se estudie lo concerniente a la forma de liquidar el factor prima de antigüedad. Dicho fallo fue notificado el 14 de junio de 2019 y mediante auto de fecha 17 de junio se solicitó el expediente al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, pero fue recibido el 2 de julio del presente año.

En consecuencia, la Sala entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia de 28 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- HECHOS.-

Conforme a los hechos de la demanda, el señor JORGE ILARIO ALCARAZ LAVERDE, ingresó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Voluntario y para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba esta condición.

Como soldado voluntario, la vinculación del demandante al Ejército Nacional estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Por decisión del Ejército Nacional, el demandante al igual que todos los soldados voluntarios, pasaron a ser denominados soldados profesionales a partir del 1º de noviembre de 2003, fecha desde la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004.

El demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de veinte (20) años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 3611 de 7 de noviembre de 2006.

2.2.- PRETENSIONES.-

El demandante solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los Oficios No. 11338 del 26 de febrero de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro por él devengada, y No. 16487 del 16 de marzo de 2015, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial.

Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del demandante, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales:

-Reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.

- Reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

- Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, entre ellos el demandante, cuando a todos los demás miembros del Ministerio de Defensa Nacional así como de las Fuerzas Militares, tanto civiles como militares y de policía, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación de la asignación de retiro respectiva.

Así mismo, solicita que se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos, como también que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados al demandante, el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados, y que se condene en costas a la entidad demandada.

III.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2017, declaró no probadas las excepciones propuestas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, declaró oficiosamente probada la excepción de prescripción trienal.

Así mismo, declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reconocer el pago del ajuste del 20% solicitado por el demandante, y sobre dicho ajuste se reliquide la asignación de retiro, incluyendo la partida del subsidio familiar, además de la indexación de la diferencia de las mesadas que resulten entre el reajuste aquí ordenado y lo que se venía pagando. Los anteriores reajustes se realizarán a partir del 16 de febrero de 2011. Negó las demás pretensiones de la demanda.

Considera el juzgado que respecto del tema que aquí se resuelve ya el Consejo de Estado ha fijado un precedente jurisprudencial a través de la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda, el 25 de agosto de 2016, con el número de referencia CE-5UJ285001333300220130006001, donde se unifica la jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20%, reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y se estableció que de conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Indica que en principio al actor le correspondería la reliquidación de la asignación mensual con el incremento del 20% a partir del año 2003 hasta la fecha de su retiro, toda vez que desde esa anualidad pasó a soldado profesional y fue reducido en su asignación de un 60% a un 40%, sin embargo, como el actor presentó escrito por medio del cual solicitó el reajuste de su sueldo básico el día 16 de febrero de 2015, es decir, aproximadamente 9 años después de que se inició su desmejora salarial, por ello aplica el fenómeno de la prescripción cuatrienal, de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Sostiene que analizado el acervo probatorio en armonía con el precedente jurisprudencial citado, llega a la conclusión que las pretensiones de la demanda deben ser declaradas probadas, por cuanto si bien uno de los actos administrativo demandados es el contenido en el oficio de fecha 26 de febrero de 2015, e identificado como CREMIL 15797, está ajustado a la ley en la medida en que negó el derecho reclamado por el actor basado en una norma legal, lo cierto es que el Consejo de Estado ha dispuesto inaplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que excluye el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, por encontrar que dicha norma contraviene la Constitución, específicamente el derecho a la igualdad en los miembros de las fuerzas militares.

Aduce que este mismo acto demandado también resulta contrario a la norma contenida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, pues a través de él se le negó al actor el reajuste salarial del 20% reclamado, y según el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, la correcta interpretación del artículo 1°, inciso 2° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tiene derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.

IV.-RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del demandante solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto negó el primer reajuste reclamado que compete al artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, por medio del cual se establece la forma como se debe liquidar la asignación de retiro a favor de los soldados profesionales.

Expresa que incumpliendo lo señalado en la norma anterior, la Caja decide aplicar una fórmula en detrimento del demandante, toda vez que aplica un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38,5% sobre este rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir, que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje, primero el 38,5% y al valor resultante se le saca también el 70%, causando un grave perjuicio al demandante.

Manifiesta que es cierto, y así se indica en la sentencia que ahora se impugna, que en la Resolución No. 2198 del 14 de marzo de 2014, en virtud de la cual se dispuso el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante, se indica la forma en que se debe realizar la liquidación de la misma, y en efecto se acata lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Sin embargo, en la práctica, es decir, al momento en que se realiza el pago de las mesadas pensionales al demandante, se realiza la liquidación en forma equivocada y se afecta doblemente la prima de antigüedad, toda vez que inicialmente se toma el 38,5% y a este valor se le saca posteriormente el 70%, contrariando la norma citada.

En los alegatos de conclusión de segunda instancia, la apoderada del demandante manifiesta que se ratifica de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, así como los hechos y pruebas en que se fundamentan las mismas.

Solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia en relación con la condena impuesta a la entidad demandada, en cuanto resultó favorable a su representado, por cuanto la decisión adoptada se ajusta en todo a la normatividad legal aplicable y a la que tiene derecho el actor, la cual fue desconocida e inaplicada por la entidad demandada al realizar la liquidación de la asignación de retiro que actualmente devenga el demandante.

A pesar de lo anterior, expresa que se encuentra inconforme con la sentencia de primer grado, en tanto y en cuanto resultó desfavorable a su representado, esto es, en cuanto negó el reajuste solicitado con base en la correcta aplicación de lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a fin de se liquide conforme al tenor literal de la norma y sin afectar doblemente el porcentaje de la prima de antigüedad incluida como partida computable.

V.-ALEGATOS

En esta oportunidad procesal, la parte demandante, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia en relación con la condena impuesta a la entidad demandada en cuanto le resultó favorable, por cuanto la decisión adoptada se ajusta en todo a la normatividad legal aplicable y a la que tiene derecho la cual fue desconocida e inaplicada por la entidad demandada al realizar la liquidación de la asignación de retiro.

Precisa que su inconformidad radica en la parte que resultó desfavorable, esto es, en cuanto negó el reajuste solicitado con base en la correcta aplicación de lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a fin de que se liquide conforme al tenor literal de la norma y sin afectar doblemente el porcentaje de la prima de antigüedad incluida como partida computable.

Reitera que para efectos de establecer el monto de la asignación por retiro se debe tomar en consideración el salario mínimo incrementado en un 60% ya sobre éste valor, se tomará el porcentaje (70%) establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, respetando así las garantías y principios tanto de orden constitucional como legal, a fin de que la asignación de retiro le permita siquiera cubrir sus necesidades básicas.

Refiere que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares incluyo como partida para establecer el monto de la asignación de retiro el subsidio familiar en una cuantía muy inferior a la devengada en actividad, en aplicación de lo establecido en la norma citada.

Alega que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad con relación al numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser abiertamente contraria a lo establecido en los artículos 13 y 53 de la Constitución Nacional.

VI.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar o no a revocar parcialmente la sentencia de primera instancia proferida el 28 de noviembre de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, en cuanto negó el primer reajuste reclamado por el demandante, por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, toda vez que aplica un doble porcentaje a la prima de antigüedad.

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

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

«[...] Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...]»

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

«[...] Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad

equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%) [...]»

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

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

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

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

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

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

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

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.

En el presente caso, mediante Resolución No. 3611 del 7 de noviembre de 2006, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro al señor JORGE ILARIO ALCARAZ LAVERDE, en calidad de Soldado Profesional retirado del Ejército, efectiva a partir del 30 de noviembre de 2006, en los siguientes términos:

«En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 4686 de 2005) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad.»

Encuentra el Tribunal que con la anterior resolución la entidad demandada lo que hace es ceñirse a lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante, conforme a lo previsto en dicha norma, es decir, en cuantía 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.

Por lo tanto, además del acto administrativo antes mencionado, ha debido allegarse al proceso certificación o documento equivalente, donde conste el valor liquidado y recibido por el señor JORGE ILARIO ALCARAZ LAVERDE, por concepto de asignación de retiro a partir de su reconocimiento el 30 de noviembre de 2006, pero la referida prueba se echa menos, sin la cual no puede la Sala establecer si fue incorrectamente liquidada la asignación de retiro del demandante respecto de la prima de antigüedad, razón por la cual no es procedente acceder a esta pretensión de la demanda.

En consecuencia, siendo este el único reparo manifestado por el apelante, habrá de CONFIRMARSE la sentencia de primera instancia, toda vez, que si bien en ella le *a quo* no se pronunció expresamente sobre la forma de liquidar la prima de antigüedad, en la parte resolutive dispuso negar todas demás pretensiones, lo que hace inferir que esta pretensión hace parte de no concedidas.

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

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar de fecha 28 de noviembre de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 068.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado