



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diecisiete (17) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JAIRO JOSÉ CANTILLO MERCADO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
RADICADO: 20-001-33-33-002-2017-00007-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del primero (1°) de marzo de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo Oral de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el Oficio No.20163170961021 MDN – CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de fecha 25 de julio de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación básica y las prestaciones sociales del señor Jairo José Cantillo Mercado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, a título de restablecimiento del derecho, al reconocimiento y pago del reajuste de la asignación básica y también les serán reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías, de las cuales fue beneficiario el señor Jairo José Cantillo Mercado, la diferencia de la asignación mensual que resulte de aplicar lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que el salario mensual corresponde a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) (...).”

1. ANTECEDENTES

PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

¹ Folio 99 del expediente

“1) Declarar la nulidad del acto administrativo N° 20163170961021 de fecha 25 de julio de 2016, mediante el cual, el COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL, negó las peticiones solicitadas por mi poderdante.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, a que se re liquide el salario mensual pagado a mi poderdante, desde el mes de noviembre de 2003 a la fecha de retiro de la Fuerza tomando como asignación básica la establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).

TERCERA: Igualmente se ordene la reliquidación del auxilio de cesantías para los años en reclamación, teniendo en cuenta en su liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 para los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios. (Un salario mínimo legal mensual enfrentado en un 60% del mismo salario) (...)”².

1.2. ASPECTO FÁCTICO

Los fundamentos fácticos de las pretensiones³ incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así:

Manifiesta el apoderado de la parte demandante que el señor JAIRO JOSÉ CANTILLO MERCADO, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional como soldado regular y a partir del 1 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional, el demandante fue promovido como soldado profesional, condición que mantiene.

En el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, el legislador dejó establecido un régimen de transición para los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 tenían la condición de soldados voluntarios indicando que estos percibieron como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo.

Afirma que a partir del primero de noviembre de 2003 fecha en la que el señor JAIRO JOSÉ CANTILLO MERCADO obtuvo el status de soldado profesional, el Comando del Ejército Nacional le disminuyó la asignación básica del hoy demandante a un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario a un salario mínimo incrementado en un 40%.

El 18 de julio de 2016, el sr JAIRO JOSÉ CANTILLO MERCADO radicó derecho de petición ante el Comando del Ejército Nacional solicitando la reliquidación de su salario mensual tomado como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60 del mismo, a partir del mes de noviembre de 2003, igualmente la reliquidación del auxilio de cesantías.

El Ejército Nacional, mediante oficio No. 20163170961021 de fecha 25 de julio de 2016, negó las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

² Folio 16 del expediente

³ Folio 17 y 18 del expediente

Como consecuencia de lo anterior, el 22 de noviembre de 2016, ante la procuraduría 47 delegada ante los juzgados administrativos, se realizó audiencia de conciliación, declarándose fallida en razón a que la entidad convocada no presentó ánimo conciliatorio.

Ello, en esencia, inspiró la demanda.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Administrativo Oral de Valledupar, mediante sentencia de (1º) de marzo de dos mil diecinueve (2019), fueron concedidas las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) Conforme a lo anterior, estima el despacho que el demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, a través del cual la entidad demandada negó el reajuste salarial y prestacional del 20%, equivalente a la diferencia que resulta entre el valor devengado por concepto de la asignación básica liquidada con percibir como soldado profesional, en aplicación del inciso 2º, del artículo (60%), de la normatividad en cita.

Así las cosas, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional deberá pagarle el referido incremento al demandante, sin aplicación de la prescripción trienal, consagrada en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que presentó la petición de reajuste 18 de julio de 2016, encontrándose en servicio activo y hasta la fecha sin asignación de retiro, en consecuencia el pago va desde el 1º de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro del demandante, como quiera que se trata de un pago generado mientras el actor está en actividad.

Por lo expuesto, la entidad demandada deberá pagar el mayor valor que resulte de la liquidación y reajuste ordenados, sin perjuicio de la revisión y reajuste que deberá hacer a efectos de que sean tenidas en cuenta para la liquidación y pago de mesadas posteriores.

Por todo lo anterior, el despacho considera que le asiste razón al extremo activo de la Litis en los argumentos de su demanda, toda vez que tiene derecho a que le sea reliquidada su prestación laboral, con base en el ajuste salarial y prestacional del 20% no reconocido como ajuste sobre su salario, pues fue calculado el 40% de aumento del mismo, en detrimento de su condición de soldado voluntario que se incorporó con posterioridad como soldado profesional, a quien le cobijaba el derecho adquirido de no ser desmejorado en su ingreso salarial cifrado en un porcentaje del 60% como aumento sobre el salario mínimo legal mensual vigente de la época (…)⁴.

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN⁵

En síntesis, la parte demandada basa su apelación en los siguientes argumentos; en primer lugar, su inconformidad con la sentencia es que considera que existe prescripción de derechos laborales, debido a que desde el mismo momento en que empezó el sr. CANTILLO MERCADO a ser Soldado Profesional y recibir su salario,

⁴ Folio 98 y 99 del expediente

⁵ Folio 670 a 675 del expediente.

pudo haber instaurado las acciones correspondientes para recibir el porcentaje que señala que le fue quitado por la Entidad.

Finalmente, afirma que frente al tema condena en costas y agencias en derecho planteado en este proceso lo considera excesivo por ello solicita que sea revocado el numeral séptimo de la sentencia, alude que no se demostró de ninguna manera que se hayan causado costas o agencias en derecho, toda vez que si se observa en cada una de las etapas del proceso se asistió a las audiencias programadas.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 11 de julio del 2019⁶, se admitió el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 1 de agosto de 2019⁷, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Sr. Agente del Ministerio Público adscrito ante este Despacho Judicial no rindió concepto dentro del presente asunto.

2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo pasivo de la Litis, contra la sentencia del 1° de marzo de 2019.

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandada, contra la sentencia fechada 1° de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo del circuito de Valledupar, por medio de la cual se ordenó declarar no probada la prescripción y la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20163170961021 debe ser revocada, según lo argumentado por la parte demandada; o si, por el contrario, la misma debe ser confirmada en los términos establecidos por el Despacho de instancia.

2.3. PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

De folio 3 al 5 del expediente, obra el derecho de petición radicado por el Sr. JAIRO JOSÉ CANTILLO MERCADO, en el que solicita:

⁶ Folio 121 del expediente.

⁷ Folio 125 del expediente.

“1. Se ordene a quien corresponda la reliquidación de su asignación mensual como Soldado Profesional, tomando como asignación básica un salario mínimo más un 60 % del mismo, en los respectivos años, a partir del 1 de noviembre de 2003, hasta la fecha.

2. Se ordene a quien corresponda la reliquidación del auxilio de cesantías, así como primas y demás prestaciones, tomando para su liquidación una asignación básica mensual de un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.

El Ejército Nacional, por intermedio del oficio No. 20163170961021 de fecha 25 de julio de 2016, dio respuesta al derecho de petición, negando las peticiones solicitadas⁸.

A folio 10 al 12 del expediente, obra constancia con fecha del primero de noviembre de 2003, en donde se explica que el Sr. JAIRO JOSÉ CANTILLO MERCADO se vinculó a prestar el servicio militar desde el 8 de enero de 1997 hasta el 31 de julio de 1998, que ingresó como soldado voluntario el 15 de agosto de la misma anualidad, y que es soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003.

El 22 de noviembre de 2016, ante la procuraduría 47 delegada ante los juzgados administrativos, se realizó audiencia de conciliación, declarándose fallida en razón a que la entidad convocada no presentó ánimo conciliatorio, tal como figura en la constancia N° 1142⁹.

2.4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECURRIDA EN VIRTUD DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Siendo que el recurso de apelación interpuesto se refiere únicamente a la decisión adoptada en el sentido de no darle aplicación a la prescripción trienal en el presente asunto y lo relativo a la condena en costas y agencias en derecho, entiende la Sala procedente referirse en exclusivo al argumento expuesto por la accionada en ese sentido pues, de conformidad con el problema jurídico planteado en líneas pasadas, es este el único aspecto sobre el que versa la eventual decisión de modificación de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo de esta ciudad.

En dicha providencia, al referirse al tema de la prescripción, se dijo:

“(…) así las cosas, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional deberá pagarle el referido incremento al demandante, sin aplicación de la prescripción trienal, consagrada en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que se presentó la petición de reajuste el 18 de julio de 2016, encontrándose en servicio activo y hasta la fecha sin asignación de retiro, en consecuencia el pago va desde el 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro del demandante, como quiera que se trata de un pago generado mientras el actor esta en actividad (…)

No obstante lo acotado, respecto al derecho que le asiste al demandante de obtener el reconocimiento y pago del reajuste equivalente al veinte por ciento (20%) del salario básico a partir de noviembre de 2003, y con ocasión al hecho de haberse incorporado de soldado voluntario a soldado profesional dentro de la institución demandada, en los términos del Decreto 1794 de 2000, concretamente el inciso segundo del artículo

⁸ Folio 7 del expediente.

⁹ Folio 13 al 15 del expediente.

primero de la prenombrada disposición, imperioso resulta en este caso dar aplicación, al fenómeno jurídico de la prescripción trienal contemplado en el inciso segundo del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 (...)”¹⁰.

La norma citada por el Despacho de instancia, consagra:

“ARTICULO 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.

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”.

Para la Sala, es evidente que la norma precedente se refiere a la prescripción de mesadas producto del reconocimiento de asignación de retiro, situación que dista ostensiblemente de la discusión planteada dentro del presente asunto. Aquí, la controversia se da en torno a un reajuste salarial y prestacional, donde se ordena la inclusión del 20% a favor de los soldados que una vez fueron voluntarios y hoy son profesionales a partir de la fecha de su incorporación.

En tratándose de temas salariales, mas no pensionales, el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968, consagra:

“ARTÍCULO 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años”.

A su turno, el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, consagró:

“ARTICULO 174. PRESCRIPCION. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

La aplicación de la llamada cuatrienalidad es un concepto que ha sido ratificado por el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de agosto de 2016, cuando al tratar el tema de la inclusión del disputado 20% en los salarios y prestaciones de los soldados, indicó:

“(…) Entonces, estima la Sala que el demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad de los Oficios 20125660377501MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM y 20125660441631MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de 18 de abril y 4 de mayo de 2012, respectivamente, a través de los cuales la entidad demandada le negó el reajuste salarial y prestacional del 20%, equivalente a la diferencia que resulta entre el valor

¹⁰¹⁰ Folio 149 del expediente.

devengado por concepto de asignación mensual, primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como subsidio familiar y cesantías, y lo que efectivamente que debía percibir como soldado profesional, en aplicación del inciso 2º, del artículo 1º, del pluricitado Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Así las cosas, el Ministerio de Defensa Nacional deberá pagarle al accionante el referido incremento a partir del 13 de abril de 2008, toda vez que, como quedó visto en el expediente, éste formuló su reclamación en sede gubernativa, el 13 de abril de 2012; ello en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente, tal como lo ordenó el juez de instancia (...)”¹¹.

Así entonces, en el caso bajo estudio, siendo que la petición fue efectivamente presentada por la parte actora el 18 de julio de 2016, se debe arribar a la conclusión que la prescripción tuvo lugar sobre lo causado con anterioridad al 18 de julio de 2012, en aplicación de la mencionada prescripción cuatrienal, y no resulta procedente el reconocimiento desde el 1 de noviembre de 2003, como se indicó en el fallo apelado.

Por lo anterior, la Sala coincide con lo expuesto por el recurrente y modificará el numeral cuarto de la providencia dictada en primera instancia.

De otra parte, la Sala revocará la condena en agencias en derecho impuesta en el ordinal séptimo de la providencia apelada, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP¹², aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA¹³.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”¹⁴.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Cartagena de Indias D. T. y C., 25 de agosto de 2016. No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001.

¹² “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

¹³ Art. 188. Condena en costas. 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.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal séptimo de la sentencia de 1 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia de 1 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo de Valledupar, que quedará así:

“(…) CUARTO: CONDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a título de restablecimiento del derecho, a pagar al señor Jairo José Cantillo Mercado, el valor de las diferencias causadas de la asignación básica y prestaciones sociales que percibe en servicio activo, como consecuencia del reajuste ordenado en el numeral anterior, declarando la prescripción de lo causado con anterioridad al 18 de julio de 2012, cifra que serán indexadas mes a mes (…).”

TERCERO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

CUARTO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Segundo (2°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Éste proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 136.


OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO