



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL –APELACIÓN SENTENCIA
ACTOR: LUÍS ÁNGEL GARCÉS
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)
RADICACIÓN: 20-001-33-33-001-2017-00316-01
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2019, proferida en audiencia inicial por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Demanda.

Pretensiones. El demandante solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos Nos. 2016-22579 de fecha 11 de abril de 2016 y 2014-29729 de 3 de mayo de 2014, mediante los cuales en su respectivo orden la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó la liquidación de la asignación de retiro tomando como base de liquidación lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que establece un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario, y negó la liquidación de la partida prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% como prima de antigüedad.

Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho pide se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reliquidar la asignación de retiro del demandante, tomando como base de liquidación la asignación básica 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).

Igualmente solicita liquidar la asignación de retiro del actor conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, el 70% de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad.

También solicita se ordene el reajuste de la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada anteriormente; de igual forma que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados anteriormente, a partir de la ejecutoria de la

respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA. Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

Hechos. El señor LUÍS ÁNGEL GARCÉS, prestó el servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional, tiempo después fue incorporado como soldado voluntario, y a partir del 1º de noviembre de 2003 fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de las Fuerzas Militares.

Manifiesta que mediante la Resolución No. 2005 de fecha 13 de marzo de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación de retiro al demandante.

Posteriormente el demandante con fecha 9 de mayo de 2014, radicó un derecho de petición de radicación No. 20140048715, solicitando a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que en la liquidación de su asignación de retiro se tomara como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 2000, y con acto administrativo No. 2016-22579 de 11 de abril de 2016, se dio respuesta de fondo, negando lo pedido.

Con fecha 5 de mayo de 2014, el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Radicado No. 20140045541, solicitando que la liquidación de su asignación de retiro se hiciera de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el 70% de la asignación básica adicionado el 38,5% de la prima de antigüedad, petición que fue negada mediante acto administrativo con radicado No. 2014-29729 de fecha 3 de mayo de 2014.

El demandante afirma que desde el reconocimiento de su asignación de retiro la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares viene liquidando la misma teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un cuarenta por ciento (40%), y tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante le aplica el 70% determinando de esta forma la mesada a cancelar.

Normas violadas y concepto de la violación. Con relación a la protección del derecho constitucional a la seguridad social, considera que la entidad demandada ha transgredido la Constitución Política en su preámbulo y los artículos 1º, 2º, 4º, 13º, 25º, 46º, 48º, 53º y 58. Igualmente desconoció lo contemplado en las Leyes 131 de 1985, 4º de 1992 y 923 de 2004, los Decretos 1793, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Señala que mediante Decreto 1794 de 2000 el Gobierno Nacional estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales, estableciendo en el artículo primero una asignación básica equivalente a un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario para quienes ingresaran a este cuerpo a partir del 1 de enero de 2001. Con el fin de respetar los derechos adquiridos de quienes a 31 de diciembre del 2000 tenían la calidad de soldados voluntarios, en el inciso segundo del mismo artículo se consignó que éstos seguirían percibiendo el salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%), es decir, que los soldados voluntarios que se acogieron al nuevo estatus de soldados profesionales continuarían percibiendo la asignación mensual que venían percibiendo.

También informa que a través de la Ley 923 de 2004 el legislador creó el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales que presten veinte años (20) de servicio. En el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional reglamentó su reconocimiento, el monto y el procedimiento para su liquidación, indicando que esta prestación sería equivalente a un 70% del salario mensual adicionado con un 38,5 de prima de antigüedad.

Asevera que la Caja de Retiro desde el reconocimiento de la asignación de retiro al demandante viene liquidándola sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38,5 de prima de antigüedad, y al monto resultante le viene aplicando el 70%, esta errónea aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lleva a que se presente una doble afectación de la partida prima de antigüedad.

Sostiene que al disminuirse en un 20% la asignación básica a los soldados profesionales que fueron voluntarios, y al afectarse doblemente la partida prima de antigüedad, se está contraviniendo de manera directa los principios fundamentales propios ya no de un Estado Social de Derecho sino de un Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental la obediencia a las normas con el respecto por la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general, que en resumidas cuentas consiste en un Estado protector garante férreo de todas las prerrogativas fundamentales conferidas por nuestra Carta de derechos.

2. Providencia recurrida.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia proferida en audiencia inicial realizada el 27 de febrero de 2019, aceptó el desistimiento de la pretensión referida al 60% adicional al salario mínimo legal vigente que ordena el inciso 2 del Decreto 1794 del 2000 realizado por la parte actora y coadyuvado por la parte demandada. Y negó las demás pretensiones de la demanda.

Indica que en la Resolución 2005 de 13 de marzo de 2014, que reconoció la asignación de retiro a favor del demandante, no se habla de descuentos ni de ningún porcentaje menor del 38,5%, prácticamente esta resolución está transcribiendo lo que dice el Decreto 4433 de 2004. Y no se sabe la forma concreta como se viene liquidando porque el acto administrativo no lo dice, no se señalan los montos en ese acto administrativo.

Inconforme con la forma como se viene liquidando, el demandante eleva un derecho de petición el 5 de mayo de 2014, solicitando una correcta aplicación del Decreto 4433 de 2004. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares responde el 13 de mayo de 2014, transcribiendo nuevamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y concluyendo que le está reconociendo y pagando al actor, conforme a las normas legales vigentes. En este acto administrativo tampoco se evidencia la forma como se viene liquidando esa prima de antigüedad.

Sí dice la parte actora que a ese 38,5% le están descontando el 70%, pero no se encuentra probado en el proceso, y si así fuese, si no estuviese liquidándose en esa forma, la acción que cabría no sería la de nulidad y restablecimiento del derecho porque se sabe que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y que solo pueden ser anulados por esta jurisdicción por las causales expresamente señaladas en la ley, que como se evidencia en este proceso no se encuentra ningún vicio en relación con estos actos administrativos, que si no se están cumpliendo conforme a la ley, la parte actora debió haber acudido a otro tipo

de acción y no a la de nulidad y restablecimiento del derecho, pues no se evidencia de estos dos actos administrativos ninguna infracción manifiesta a la ley, ni a la Constitución, ni desviación de poder, ni falta de competencia, falsa motivación, etc. En consecuencia, niega las pretensiones de la demanda.

3. Recursos de apelación.

El apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando la nulidad parcial de la sentencia de primera instancia proferida por el juzgado primero administrativo de Valledupar, en cuando hace relación a la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le debe adicionar el 38,5% de la prima de antigüedad, y en su lugar se ordene a la demandada a darle correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el 70% de la asignación básica adicionado el 38,5% como prima de antigüedad, porcentaje este último que se debe establecer del 100% de la asignación básica, y el pago de las diferencias que resulten de los reajustes solicitados desde la fecha del reconocimiento de la asignación a la fecha.

Considera que hay una indebida aplicación de la norma por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, al generar una doble afectación a la partida prima de antigüedad. La Caja de Retiro al momento de la liquidación de la asignación está aplicando el 70% tanto a la asignación básica como a la prima de antigüedad, de esta manera se está transgrediendo la norma por cuanto en el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 16º, se indica que la asignación partes del 70% de la asignación básica y se le adiciona el 38,5% como prima de antigüedad.

4. Alegatos de segunda instancia.

Solo alegó la entidad demandada manifestando que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Afirma que siguiendo la uniformidad y secuencia del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esa entidad.

Cita sentencias de los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y en donde se considera que la fórmula de liquidación sobre la prima de antigüedad aplicada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es la correcta, igual concepto ha emitido el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Manifiesta que hay ausencia de vulneración al derecho a la igualdad, puesto que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de igualdad frente a las tres categorías genéricas de la jerarquía militar. Así señaló que los Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales, infantes de Marina, se encuentran en una situación de hecho distinta y por tal motivo, constituyen grupos diferenciados jurídicamente.

También afirma que existe legalidad de las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes.

Finalmente, referente a las costas procesales y agencias en derecho, manifiesta que la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial. Por tal motivo, solicita abstenerse de imponer condena en costas y agencias en derecho.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar o no a revocar la sentencia de primera instancia de 27 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda, porque en consideración del demandante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares aplicó incorrectamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lo cual genera una doble afectación a la partida prima de antigüedad en su asignación de retiro.

2.2. Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales y resolución del caso concreto.

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

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

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.

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.

Y en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 25 de abril de 2019², se concluyó que para la liquidación de la asignación de

² Consejero Ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016).

retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$

En el presente caso, mediante Resolución No. 2005 del 13 de marzo de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro al señor LUÍS ÁNGEL GARCÉS, en calidad de Soldado Profesional retirado del Ejército, efectiva a partir del 15 de abril de 2014 en los siguientes términos:

«En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 3068 de diciembre 30 de 2013) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).

Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.»

Peró la Sala echa de menos prueba documental que demuestre la forma en que fue liquidada la asignación de retiro al demandante en términos numéricos, con la indicación de los porcentajes y partidas computables, sin lo cual es imposible establecer que haya habido de parte de la entidad demandada una indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido de haber afectado doblemente la prima de antigüedad como partida computable de la asignación de retiro, puesto que ni en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro al demandante ni en el acto acusado contenido en el Oficio 2016-22579 de 11 de abril de 2016, se dan valores de la forma como se liquidó dicha prestación.

Luego, será confirmada la sentencia apelada que negó esta pretensión de la demanda, y no habrá condena en costas en esta instancia, por no haberse probado su causación.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 27 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, en el proceso de la referencia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha,
según Acta No. 116.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado