

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA SALA DE ORALIDAD M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Ibagué, veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-003-2019-00361-01
Demandante: Jaime Macías Oviedo
Apoderado: Alfredo Francisco Landinez Mercado
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares
Apoderado: Renunció
Tema: Reliquidación asignación de retiro - prima de antigüedad

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor Jaime Macías Oviedo¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, en adelante CREMIL, para que se acojan las declaraciones y condenas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 103279 del 09 de noviembre de 2017, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro por la forma en que se computó en la liquidación de la prestación la prima de antigüedad.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que “se **ORDENE a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, REAJUSTAR** la asignación de Retiro del demandante **JAIME MACIAS OVIEDO**, teniendo en cuenta la formula ordenada por el Consejo de Estado en **la Jurisprudencia unificadora del Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019 (...)** que es la siguiente:

Asignación básica mensual incrementado en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004) + 38.5% (Prima de Antigüedad) = Asignación de Retiro.” (sic). (Negrillas y mayúsculas sostenidas del texto original)

¹ Por intermedio de apoderado.

Asimismo, solicitó que, se ordene el reajuste de la prestación en comento conforme la jurisprudencia unificadora del Consejo de Estado; el valor de la diferencia resultante dejada de pagar se indexe en los términos dispuestos en el artículo 187 del CPACA; se reconozcan y paguen intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso de acuerdo a lo reglado en el artículo 192 ibídem; y se condene en costas procesales a la demandada.

1.1.2. Hechos

En relación con las pretensiones de la demanda, se dejaron anotadas las siguientes circunstancias fácticas:

El señor Jaime Macías Oviedo prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado profesional por más de 20 años.

Por medio de la Resolución 3438 del 13 de julio de 2011 Cremil le reconoció asignación de retiro, efectiva a partir del 30 de agosto siguiente.

Aduce que, desde el reconocimiento de la prestación anterior, la demandada incluye la prima de antigüedad como una partida afectada por la tasa de reemplazo o porcentaje de liquidación, es decir, toma el salario básico más la prima de antigüedad y sobre la sumatoria aplica porcentaje de liquidación del 70%, lo cual es un error si se tiene en cuenta que la prima de antigüedad debe computarse como un valor agregado al 70% correspondiente a la partida del sueldo básico.

El 27 de octubre de 2017, mediante derecho de petición solicitó a CREMIL el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta el 70% del salario básico más el 38.5% de la prima de antigüedad, la cual fue denegada a través del Oficio 103279 del 09 de noviembre de 2017.

1.1.3. Concepto de violación

Manifestó que el acto acusado fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, dado que al demandante le debieron liquidar su asignación de retiro con un cómputo distinto sobre la prima de antigüedad, toda vez que en el cálculo inicial se afectó dicha partida porcentual dos veces.

1.2. Contestación de la demanda

CREMIL por intermedio de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda asegurando que frente al acto demandado no se configura ninguna de las causales de nulidad contempladas en el ordenamiento jurídico y, que, por el contrario, las actuaciones realizadas por esta entidad se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares. Anotó que por las mismas razones tampoco se incurrió en falsa motivación.

Además, formuló la excepción de prescripción.

1.2. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 30 de junio de 2021, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del oficio CREMIL 103279 con CONSECUTIVO: 2017-71414 del 9 de noviembre de 2017, proferido por la Caja de Retiro de las

Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que reajuste la asignación de retiro del señor Jaime Macias Oviedo, teniendo en cuenta la asignación salarial que le corresponde, junto con la respectiva adición de un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, en el entendido que el porcentaje de dicho factor debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

TERCERO: Declarar probada la excepción de prescripción parcial de derechos causados antes del 27 de octubre de 2014.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar al extremo demandante, el valor de las diferencias que resulten, conforme lo indicado en los ordinales anteriores, a partir del 27 de octubre de 2014 y en adelante. Deberá tener especial cuidado de descontar las sumas que por este reajuste le hubiere pagado al actor y que anunció la entidad a través de sus apoderados, haría motu proprio para acatar la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2- 2019.

QUINTO: ORDENAR a la entidad accionada que efectúe de manera indexada, los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar sobre las diferencias que deberá pagar al demandante.

SEXTO: La actualización de las sumas aquí reconocidas, se realizará de acuerdo a la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Sin costas.”

La decisión anterior se tomó luego de concluirse que, en efecto, la asignación de retiro del actor estuvo mal liquidada, en cuanto a que la prima de antigüedad se debe computar, en la asignación de retiro de soldados profesionales, como valor agregado a la suma reconocida por concepto de salario, y no como partida liquidable antes de aplicar el porcentaje del 70%, como lo refiere el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En cuanto a prescripción de las diferencias por el reajuste de la asignación de retiro hizo el siguiente análisis:

“Al resultar prosperas las pretensiones de la demanda correspondiente al cálculo correcto del 38.5% de la prima de antigüedad, se debe estudiar aún de oficio la prescripción, en tanto, se debe dar aplicabilidad al artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 que establece una prescripción trienal de derechos, por ser el vigente al momento del reconocimiento del derecho a la asignación de retiro del actor.

Así las cosas, tenemos que al extremo accionante se le reconoció el derecho a la asignación de retiro a través de la Resolución 3438 del 13 de julio de 2011, con efectos fiscales a partir del 30 de agosto de 2011 y se presentó súplica administrativa a fin de obtener la reliquidación de su asignación de retiro el día 27 de octubre de 2017, interrumpiendo así el término de prescripción por 3 años más, significando con ello que la prescripción trienal ocurrió frente a las mesadas devengadas con anterioridad al 27 de octubre de 2014, debiendo declararse parcialmente probada la excepción de prescripción.”

1.3. Apelación

La parte actora manifestó inconformidad con la sentencia recurrida por cuanto aplicó prescripción trienal y no cuatrienal, en virtud a lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, por inaplicación del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

Agregó que debía tenerse en cuenta que cuando existen dudas referentes a la aplicación de una norma se debe recurrir a la que resulte más favorable para el trabajador.

1.4. Trámite de segunda instancia

Se admitió el recurso de apelación mediante auto del 10 de febrero de 2022 (Expediente electrónico archivo 005 admite73001-33-33-003-2019-00361-01 Restablecimiento. Admite recurso de apelación. (2)).

El Ministerio Público no intervino en esta etapa procesal (Expediente electrónico archivo 009__INGRESA AL DESPACHO PARA SENTENCIA.).

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad a lo establecido en el artículo 153 del CPACA, según el cual los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

De otro modo, esta Sala se ceñirá a lo reglado en el artículo 328 del CGP, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.2. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.3. Problemas jurídicos a resolver en segunda instancia

De acuerdo al marco de la apelación, le corresponde a la Sala establecer si en el presente asunto se debe aplicar prescripción trienal, como lo hizo la primera instancia, o cuatrienal según lo pide la parte actora.

2.3.1. Tesis de la Sala

Se confirmará la sentencia recurrida dado que el derecho pensional del actor se causó el 30 de agosto de 2011² en vigencia del Decreto 4433 de 2004 que establece la prescripción trienal y rige desde el 1º de enero de 2005.

2.4. Análisis de la Sala

² Expediente electrónico – expediente juzgado - archivo A1. 73001333300320190036100 CUADERNO PRINCIPAL.pdf – páginas 23 a la 25.

El artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 prescribe que: *“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 siguiente inciso refiere que: *“El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.”*

Sobre la prescripción de las mesadas de la asignación de retiro, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia del veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017), radicación 05001-23-31-000-2010-01915-01(0572-15), M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, sostuvo:

“(…) El Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en su artículo 43, modificó el término prescriptivo de 4 años, disminuyéndolo a un período de 3 años, en los siguientes términos:

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.*

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

La lectura de la disposición no deja duda de que el término de prescripción de tres años solo regula los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004, por ello no puede afirmarse que el nuevo periodo prescriptivo cubija la situación del demandante, pues es sabido que la eficacia de las normas opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicación retroactiva, circunstancia que no se presenta en el caso concreto.”

A su vez, nuestro máximo órgano de cierre en providencia del 10 de octubre de 2019, aclaró la regla contenida en el numeral 8° del ordinal 1° de la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 proferida el día 25 de abril de 2019, en el sentido de indicar que la regla sobre prescripción que debe aplicarse para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales es la contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, para llegar a esta conclusión previamente indicó:

“A fin de decidir la aclaración solicitada, es necesario precisar en primer término si la expresión «las reglas de la prescripción» contenida en el numeral 8 del ordinal primero de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, es un concepto que ofrece verdadero motivo de duda.

Para el efecto, es importante anotar que, por una parte, de acuerdo con el contenido en el aludido artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 el término de prescripción de las mesadas de las prestaciones de los miembros de la Fuerza Pública es de tres años, y por otra, también es cierto que la jurisprudencia ha venido inaplicando dicha disposición, tal y como lo hizo la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016³, citada en la providencia cuya aclaración se pide, en la cual, en relación con el derecho del reajuste salarial de los soldados voluntarios incorporados como profesionales, se fijó, entre otras, la siguiente regla:

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 850013333002201300060 01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz.

«Cuarto. *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.»* (se resalta)

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la expresión aludida «las reglas de la prescripción» hace referencia a la regla vigente en la materia, que para la fecha en que fue proferida la providencia de unificación, se orientaba por la inaplicación del término previsto por el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, en materia de asignación mensual aplicable a los soldados profesionales que ya había sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

*A pesar de ello, en la actualidad el término trienal de prescripción contenido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, fue objeto de pronunciamiento de esta Sección, en la sentencia del **diez (10) de octubre de 2019⁴**, providencia en la que se señaló que dicha disposición debe mantener su presunción de legalidad, para lo cual se analizó que la norma en comento fue expedida acorde con la competencia del Gobierno Nacional para reglamentar la Ley marco 923 de 2004 y por ende no había razón para inaplicar tal término.
(...)*

En conclusión, *se considera procedente aclarar la sentencia proferida el día 25 de abril de 2019, en el sentido de indicar que la regla de prescripción aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales es la trienal, contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.»*

2.4.1. Caso concreto

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por disconformidad con el periodo de prescripción, en su criterio, debe establecerse de acuerdo a lo reglado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

En este orden, corresponde a la Sala concretar el término prescriptivo de las diferencias causadas por la mal liquidación de la asignación de retiro reconocida al demandante. Al respecto, el Consejo de Estado⁵ sostiene que es el previsto en la regulación vigente para la época de causación del derecho, y esta Corporación está de acuerdo con tal aseveración.

Así las cosas, y toda vez que el derecho del demandante a devengar asignación de retiro se causó a partir del 30 de agosto de 2011⁶, la disposición aplicable es la prevista en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, la cual prevé que las mesadas de la asignación de retiro y pensiones previstas en dicho decreto prescriben a los 3 años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. Dicha disposición también establece que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de octubre de 2019, radicación 110010325000201200582 00(2171-2012) acumulado 110010325000201500544 00(1501-2015), demandante: Anderson Velásquez, Sandra Mercedes Vargas Florián y Álvaro Rueda Celis.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia del veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017), radicación 05001-23-31-000-2010-01915-01(0572-15), M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

⁶ Expediente electrónico – expediente juzgado - archivo A1. 73001333300320190036100 CUADERNO PRINCIPAL.pdf – páginas 23 a la 25.

Ahora, revisado el expediente se tiene que el derecho del actor a percibir asignación de retiro se causó el 30 de agosto de 2011 y la reclamación tendiente a obtener el reajuste del monto de la prestación se elevó el 27 de octubre de 2017⁷, es decir, superados los tres años en que la asignación se hizo exigible. Se advierte que no ocurrió lo mismo entre la interrupción de la prescripción y la presentación de la demanda, ya que esta tuvo lugar el 27 de septiembre de 2019⁸. Así, es claro que las diferencias causadas sobre las mesadas reconocidas y las que se debieron cancelar con la debida liquidación de la asignación de retiro prescribieron del 27 de octubre de 2014 hacía atrás, como lo declaró el *a quo* en la decisión impugnada.

De otro lado, el recurrente alegó que en caso de duda frente a la aplicación de la norma procesal sobre prescripción se debe recurrir a la que resulte más favorable para el trabajador, que sería la cuatrienal reglada en el Decreto 1211 de 1990, lo cual no resulta de recibo, como quiera que está suficientemente dilucidado por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ que la regulación aplicable es la vigente para la época de causación del derecho pensional, la cual ocurrió en este asunto cuando se encontraba en vigor el Decreto 4433 de 2004. Por consiguiente, era claro que no había asomo de duda sobre la norma que aquí se debía aplicar para el estudio del fenómeno de la prescripción, lo que desvirtúa el argumento en cita de la parte actora.

2.5. Decisión de segunda instancia

Dado que no prosperó el único cargo del recurso de apelación, se confirmará la sentencia proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

2.6. Costas y agencias del derecho

No se condenará a la parte recurrente en costas de segunda instancia, toda vez que, aunque el recurso de apelación le fue desfavorable, se advierte que la entidad demandada no ejerció actuación alguna en esta instancia.

2.7. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

⁷ Expediente electrónico – expediente juzgado - archivo A1. 73001333300320190036100 CUADERNO PRINCIPAL.pdf – páginas 19 a la 20.

⁸ Expediente electrónico – expediente juzgado - archivo A1. 73001333300320190036100 CUADERNO PRINCIPAL.pdf – página 2.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia del veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017), radicación 05001-23-31-000-2010-01915-01(0572-15), M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al Juzgado de origen, y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "SAMAI".

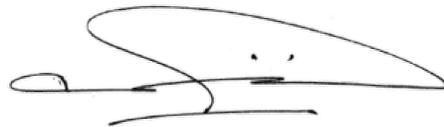
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

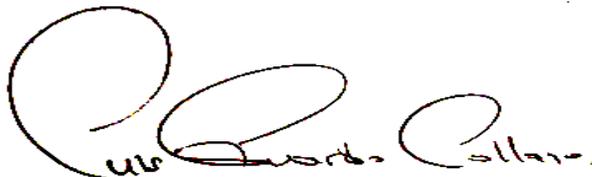
Los magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA