



Doctor

GIOVANNI HUMBERTO LEGRO MACHADO

Juez – Juzgado Once Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogota

PROCESO No.: 11001-33-35-011-2021-00055-00

DEMANDANTE: GERMAN DAVID CABRERA SAYO

DEMANDADO: LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TEMA: CESANTIAS RETROACTIVAS

WILLIAM MOYA BERNAL, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.128.510 expedida en Bogota y Tarjeta Profesional No. 168.135 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, y encontrándome dentro de la oportunidad legal, presento ante su Despacho CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA en los siguientes términos:

IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada en el presente caso es la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, cuyo representante legal es el doctor DIEGO MOLANO APONTE, con sede principal en la Avenida el Dorado CAN Carrera 54 No. 26 – 25 de la ciudad de Bogotá D.C., PBX 3150111 y NIT 899999003-1.

El Director de Asuntos Legales del MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL es el doctor JORGE EDUARDO VALDERRAMA BELTRAN, ubicada en la Avenida el Dorado CAN Calle 26 No. 69 – 76, Torre Cuatro (elemento Agua) de la ciudad de Bogotá D.C.; a quien el Ministro de Defensa Nacional le delegó la facultad de constituir apoderados en los procesos contenciosos administrativos que cursen contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

DE LAS PRETENSIONES

El demandante, en síntesis, pretende lo siguiente:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 277818 del 18 de abril de 2020, mediante la cual se reconocieron las cesantías del demandante.
2. Que se ordene a la demandada liquidar y cancelar las cesantías del demandante, así:
 - 2.1. Desde la fecha de ingreso hasta la de retiro, bajo el sistema de régimen retroactivo, tomando como base un salario smmlv+60%.
 - 2.2. Que se incluya el subsidio de familia como factor salarial para la liquidación
3. Que se ordene el pago de las diferencias entre lo pagado y lo que debió pagarse.
4. Que se ordene el pago de sanción moratoria desde la fecha en que debieron pagarse las cesantías y hasta que se haga efectivo el pago.
5. Que se ajusten los valores adeudados con el I.P.C.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

7. Que se actualicen las sumas pretendidas, conforme a lo establecido en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

HECHOS DE LA DEMANDA

Indico el apoderado de la parte actora que, el Señor GERMAN DAVID CABRERA SAYO, ingreso a la EJERCITO NACIONAL a prestar sus servicios personales como soldado voluntario bajo el imperio normativo de la ley 131 de 1985, y fue dado de baja por tener derecho a la Asignación de Retiro por Cumplir más de 20 años de servicio.

Que, en el mes de noviembre del año 2003, el actor fue trasferido a soldado profesional por la expedición de los Decretos 1793 y 1794 del 2000.

Que, las cesantías del demandante fueron canceladas de la siguiente forma:

- En el régimen retroactivo ley 131 de 1985 desde el 25/05/2000 hasta el 31/10/2003 por valor de \$ 2.115.947.
- En el régimen anualizado desde el 01/11/2003 hasta 30/11/2019 por valor de 21.021.485
- Total valor cesantías: \$ 23.137.442

Que, las cesantías de todo el tiempo laborado debieron ser canceladas, con un salario smmlv + 60%. La entidad toma como salario un SMMLV +40% para la liquidación de las cesantías de mi poderdante cuando su salario según ley 131 de 1985 es SMMLV+60%.

Que, en las cesantías liquidadas al demandante no se está tomando el subsidio de familia para la liquidación de las cesantías cuando el decreto 1161 y 1162 del 2014 estableció el subsidio de familia como factor salarial.

DE LOS HECHOS

MANIFIESTO AL DESPACHO QUE ME OPONGO A TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES DE LA PRESENTE DEMANDA, CON FUNDAMENTO EN LOS PRESUPUESTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE EXPONDRÉ A CONTINUACIÓN.

LOS HECHOS UNO a TRES: Son ciertos, de acuerdo con los documentos aportados con la presente demanda.

En lo que corresponde a los demás hechos se trata de meras elucubraciones y referencias normativas efectuadas por el demandante, a través de su apoderado.

FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

MARCO NORMATIVO

DECRETO 1794 DE 2000 *por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*

"(...) Artículo 9°.- Cesantías. El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional. (...)"

LEY 4° DE 1992 *mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.*

"(...) Artículo 2° ARTÍCULO 2°.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales; (...)"

DECRETO 1793 DE 2000, Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

"(...) Artículo 38.- ARTÍCULO 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salariales y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos. (...)"

LEY 131 DE 1985, por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario

"(...) Artículo 6°.-ARTÍCULO 6o. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar. (...)"

LEY 244 DE 1995

"Artículo 1°.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo.- En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS

De acuerdo con lo regulado por la Ley 131 de 1985, quienes prestaron el servicio militar obligatorio, podían continuar vinculados a la Fuerza Pública, bajo la modalidad de SOLDADOS VOLUNTARIOS.

Los soldados voluntarios en lo relativo a su situación salarial y prestacional, estarían regulados por la Ley 131 de 1985.

El soldado voluntario no devengaba salario, sino una bonificación mensual equivalente a un

salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%.

Si estaba en el servicio durante un año, también tenía derecho a una bonificación de navidad, equivalente al valor recibido en el mes de noviembre del respectivo año.

Y finalmente, al ser dado de baja, tenía derecho al pago por una sola vez de un mes de bonificación por cada año de servicio presado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

Los SOLDADOS PROFESIONALES en lo relativo al régimen salarial y prestacional esta regidos por el Decreto reglamentario 1794 de 2000, que en su artículo 9° estableció el reconocimiento de CESANTIAS, equivalentes a un salario básico más la prima de antigüedad, por cada año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos destinados para el efecto por el MDN.

DE LA SANCIÓN POR RETARDO EN PAGO DE CESANTIAS

Como no existe norma especial para los miembros de las Fuerzas Militares en los que se indique un término a partir del cual se deba reconocer y pagar las cesantías definitivas cuando el empleado público del Ministerio de Defensa tiene derecho a los TRES MESES DE ALTA, que permita resolver lo atinente respecto de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, se hace necesario examinar lo establecido en la Ley 1071 2006, como quiera que en el artículo 2° se dispuso la aplicación de sus efectos a todos los empleados y trabajadores del Estado, disponiendo además:

"Artículo 4o. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al petionario dentro de los diez (10) días háb1les siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5o. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este".

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-448 de 1996 destacó que no hay la menor duda de que el salario y las prestaciones son remuneraciones protegidas constitucionalmente, precisando lo siguiente:

"(...)

Que el constitucionalismo del 91 no se limita a promulgar los derechos, a dejarlos escritos, sino a protegerlos realmente (art. 2° C.P.).

Que el pago de la cesantía definitiva debe ser oportuno, pues precisamente la finalidad de esta prestación es la de entregarle al trabajador una suma de dinero para satisfacer sus necesidades inmediatas al retiro y en proporción al tiempo servido.

Que no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella, entre otros aspectos.

Que en sentencia del 10 de febrero de 2011 el Honorable Consejo de Estado reiteró a partir de cuándo la entidad está en la obligación de pagar al servidor las cesantías definitivas, el término que establece la ley para su liquidación y pago y la respectiva sanción ante su incumplimiento.

(...)

Por su parte, el Consejo de estado mediante sentencia con número interno 0910-10, preció que el artículo 1 de la Ley 244 de 1995, es claro que:

1. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público a la finalización de su relación laboral con el Estado;
2. La liquidación de la cesantía definitiva debe estar contenida en un acto administrativo precedido por la petición del ex trabajador;
3. La entidad pública que liquida la prestación social y la entidad que la paga, es diferente;

La liquidadora, es la entidad patronal y cuenta con 15 días hábiles contados a partir de la solicitud de liquidación de las cesantías, con la excepción que señala la norma, para expedir la resolución de reconocimiento. La pagadora, por su parte, es aquella que tiene la obligación de cancelarlas y para lo cual tiene un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador;

4. Si la entidad no realiza el pago dentro del término estipulado en la norma, debe reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de la cesantía.

(....)

Acorde con la normatividad y las líneas jurisprudenciales citadas, los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que sean retirados con derecho a

pensión, continuarán dados de alta en la respectiva Contaduría por tres (3) meses, a partir de la fecha en que se cause la novedad de retiro, para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales.

Pese a que los tres meses de alta no se computan como de servicio no es menos que durante dicho lapso el empleado devenga la totalidad de los haberes correspondientes a su cargo, razón por el cual este fallador colige que es a partir de la culminación del término de alta, es decir, del retiro efectivo del empleado que surge la obligación de la entidad de reconocer y pagar las cesantías definitivas con ocasión del retiro del servicio porque, entre otras razones, hasta esa fecha se cuenta con la información real para efectuar la liquidación de las cesantías o se puede verificar que no existe causa o motivo para negar su pago.

Por lo tanto, las cesantías definitivas no se pueden liquidar y pagar desde que se retira formalmente el empleado público, sin tener en cuenta lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1 de la Resolución 0448 del 14 de mayo de 2014, es decir, sin que hayan transcurrido los tres meses de alta, máxime cuando no existe disposición especial que disponga que el pago de las cesantías se pueda realizar cuando el empleado público está cumpliendo el periodo de alta.

¿Cómo puede incurrir en mora la entidad demandada en el pago de las cesantías definitivas cuando el servidor se encuentra devengando salario o el equivalente a este durante los meses de alta?

LINEA JURISPRUDENCIAL

Sobre el tema bajo estudio, el Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 17 de julio de 2020, actuado como ponente la Magistrada SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, dentro del proceso

No. 63001-23-330002018-00232-01 (5467-2019), NEGÓ las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes presupuestos.

"(...) el actor no gozaba de derechos adquiridos respecto de las prerrogativas consagradas en la Ley 131 de 1985 en lo atinente a las cesantías definitivas, toda vez que al no cumplir la totalidad de los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicha prestación social por retiro del servicio en vigencia de la citada ley, el derecho no se causó y por lo tanto, no ingresó a su patrimonio, pues solo hasta el año 2018 completó los 20 años necesarios que dieron lugar al retiro de actividad por tener derecho a la asignación pensional y al reconocimiento a sus cesantías definitivas, por lo tanto, solo tuvo una mera expectativa de gozar de tal beneficio, la cual carece de amparo en la resolución de casos concretos, toda vez que solo los derechos adquiridos gozan de una salvaguardia por haber ingresado al patrimonio del titular. (...)"

En cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad al presente caso, la sala señaló este se aplica: *"(...) en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, cuando se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. (...)"*

ANALISIS DE LOS PRESUPUESTOS FACTICOS, JURIODICOS Y JURISPRUDENCIALES

De acuerdo con el material probatorio aportado, el demandante GERMAN DAVID CONTRERAS, prestó el servicio militar desde el 25 de mayo de 2000, hasta el 31 de octubre de 2003, y y finalmente fue soldado profesional desde el 1^o de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro ocurrida el 30 de noviembre de 2019.

En su calidad de SOLDADO VOLUNTARIO y a la luz de la norma que los rige, esto es la Ley 131 de 1985, se le pagó la suma de \$ 2.115.947 por concepto de Bonificación y prima de antigüedad.

En su calidad de SOLDADO PROFESIONAL, sus cesantías fueron giradas y abonadas a la cuenta individual del demandante de la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICIA, por un valor total de \$23.137.442.

Con fundamento en los presupuestos que conforman el presente proceso, la normatividad aplicable y la jurisprudencia vigente, al demandante se le pagando los valores correspondientes por concepto de cesantías.

PETICIÓN FINAL

Por lo expuesto señor juez, las pretensiones del demandante carecen de soporte normativo, por lo que de la manera más respetuosa le solicito DENEGAR las pretensiones de la presente demanda, dado que no se probó que el acto administrativo demandado estuviera viciado de nulidad.

DE LAS PRUEBAS

Dando cumplimiento a lo preceptuado en el párrafo 1º del artículo 175 del C.P.A.C.A., en cuanto a allegar el expediente administrativo y/o prestacional que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso, que se encuentre en su poder, informo al Despacho que se ha efectuado solicitud de dicho expediente al área competente, para que remita lo documentos requeridos directamente al presente proceso.

ANEXOS

1. Poder para actuar.
2. Resolución de competencias.
3. Anexos poder

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones y citaciones en el correo electrónico: william.moya@mindefensa.gov.co / williammoyab2020@outlook.com, sin perjuicio de surtir las notificaciones al correo oficial de la entidad notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co

Mi numero móvil es 313 476 14 52

Del Honorable Juez, atentamente,

WILLIAM MOYA BERNAL

C.C No. 79.128.510 expedida en Bogota

T. P. No. 168.175 del C. S. de la J.