



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, dieciocho (18) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO:	70-001-33-33-008-2016-00015-01
DEMANDANTE:	BETUEL GUERRA MÁRQUEZ
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, por la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹.

El señor BETUEL GUERRA MÁRQUEZ, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, *solicitando*, que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2015-68634 de fecha 24 de septiembre de 2015, mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le negó la liquidación de la asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% del mínimo de conformidad al régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000 y a su vez, la reliquidación de la asignación de retiro dándole correcta aplicación al artículo 16 del decreto 4433 de 2004, que indica

¹ Fol. 11-44.

que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.

Como restablecimiento del derecho, solicita; **(i)** Se condene a la demandada a liquidar la asignación de retiro 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; **(ii)** Se condene a la demandada, a liquidar la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5 de la prima de antigüedad; **(iii)** Que en virtud de las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro del demandante, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitadas en los numerales anteriores; **(iv)** Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA; **(v)** Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**, se expuso en la demanda que:

Aduce el actor que, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional; terminado dicho periodo fue incorporado como soldado voluntario, y a partir del 01 de noviembre de 2003 fue promovido como soldado profesional, hasta su retiro de la fuerza pública.

Que previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", le reconoció la asignación de retiro mediante resolución 4914 de fecha 10 de octubre de 2011.

Sostiene que, con fecha 18 de septiembre de 2015, radicado No. 20150083871 presentó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, al cual la Caja dio respuesta negando lo solicitado y quedando agotada la actuación administrativa.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y como argumentos de defensa manifestó que, sus actuaciones se ciñeron al marco normativo correspondiente y en la correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, así como de inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste del 40% al 60%, que soporta en que el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13 que establece las partidas computables para el personal de las fuerzas militares, en el que señala para el caso de los soldados profesionales, el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto Ley 1794 de 2000, el cual habla solamente del incremento del 40%, no obstante el actor insiste en que se aplique el inciso segundo, que habla de un porcentaje diferente, contrariando explícitamente la disposición normativa enunciada.

En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro considera estar bien efectuada y finalmente propone las excepciones de fondo de no configuración de falsa motivación en las actuaciones de su representada y no configuración a la violación del derecho a la igualdad y de prescripción de mesadas según reajuste

1.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo profirió sentencia de fondo, de fecha 19 de diciembre de 2016, declarando la nulidad del acto administrativo demandado, y concediendo las súplicas de la demanda, previa consideración respecto al régimen aplicable a los soldados voluntarios y de la forma de liquidar su asignación de retiro, al tiempo que expuso, probada como se encontraba la vinculación del actor, el cual se desempeñaba como soldado voluntario desde antes del 31 de diciembre de 2000, siendo regido por lo estipulado en la Ley 131 de 1985 y por ello devengaba un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

En este orden de ideas, al demandante debía aplicársele el inciso segundo del artículo 1o del Decreto 1794 de 2000, toda vez que si bien fue incorporado como infante profesional el 14 de agosto de 2003, lo cierto es que ostentaba la condición de soldado voluntario desde el 01 de junio de 1992, esto es, fecha anterior al 31 de diciembre de 2000.

Concluyendo, que en el caso bajo estudio existe una indebida aplicación de la normatividad que cobija al demandante Betuel Guerra Márquez, ya que se liquidó su asignación de retiro con base en el inciso primero del artículo 1o del Decreto 1794 de 2000, cuando lo correcto era dar aplicación al inciso segundo de dicho artículo, en atención a que su salario se regía por lo establecido en la Ley 131 de 1985, razón por lo que ordenó a la entidad demandada a reliquidar la asignación de retiro del actor, tomando como salario base de liquidación un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, tal como lo indica el inciso segundo del artículo 1o del Decreto 1794 de 2000; y con la aplicación correcta del artículo 16 del decreto 4433 del 2004.

A su vez, declaró probada la excepción de prescripción trienal de los mayores valores resultantes del reajuste de la asignación de retiro a favor del actor a partir del mes de septiembre del año 2012 y causadas desde el 29 de octubre de 2011 hasta el mes de agosto de 2012.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN².

La parte demandante inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, solicitando la modificación del numeral tercero de la sentencia de primera instancia. Como argumentos principales del mismo expresó los siguientes:

"(SIC)... El pago indexado de las diferencias que resultan del reajuste solicitado, que corresponde a la diferencia entre lo pagado y lo debido pagar, con aplicación del fenómeno jurídico de prescripción cuatrienal.

Honorable Magistrado, como se puede observar el Juzgado en la parte resolutive de la sentencia en el punto cuarto ordena a la demandada a realizar el pago de las diferencias de reajuste con aplicación de la prescripción trienal, desconociéndose la normatividad establecida en el decreto 1211 de 1990 que regula esta materia para los integrantes de la Fuerza Pública.

(...)

el despacho al decretar la prescripción trienal sobre el pago de las diferencias resultantes de las reliquidaciones ordenadas, el despacho está desconociendo lo dispuesto sobre este aspecto en los estatutos de carrera Decretos 1211, 1212 y 1213 que regulan el régimen pensional de la Fuerza Pública, en donde el legislador dispuso que la prescripción de los derechos patrimoniales de este sector es de cuatro (4) años, igualmente se está contraviniendo la jurisprudencia del H. Consejo de Estado que en treinta y ocho (38) sentencias de segunda instancia ha creado una línea jurisprudencial sobre el tema.

² Folio 140 a 144 C.Ppal.

Es de resaltar que los Decretos 1211, 1212 y 1213 tiene vigencia en este tema y al o ser derogados ni modificados en los años materia de esta reglamentación se debe presumir su legalidad, y por lo tanto su aplicación es de imperiosa obligación, de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política.

1. DESCONOCIMIENTO DE LAS NORMAS LEGALES QUE REGULAN LA MATERIA.

Honorable Magistrado considero que al no pronunciare sobre el pago de las diferencias resultantes de la reliquidación ordenada, el despacho está desconociendo lo dispuesto sobre este aspecto en los estatutos de carrera Decretos 1211 de 1990 artículo 174, que regulan el régimen pensional de la Fuerza Pública, en donde el legislador dispuso que la prescripción de los derechos patrimoniales de este sector es de cuatro (4) años, igualmente se está contraviniendo la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 en la cual se dispusieron criterios unificadores así:

SENTENCIA DE UNIFICACION CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 25 de agosto de 2016 No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01 No. Interno: 3420-2015 Actor: Benicio Antonio Cruz Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional.

"Reglas jurisprudenciales.

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1o del artículo 1o del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1o de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2o del artículo 1o del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,² 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 1985,³ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar 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.

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 104 y 1745 de los Decretos 2728 de 19686 y 1211 de 1990,⁷ respectivamente.

EL ARTICULO 43 DEL DECRETO 4433 DE 2004 NO ES APLICABLE PARA DECRETAR LA PRESCRIPCION DE DERECHOS DE LOS INTEGRANTES DE LA FUERZA PUBLICA.

El Honorable Consejo de Estado en torno a la prescripción que debe de ser aplicado a los derechos y reclamaciones de los integrantes de la Fuerza Pública ha reiterado en diversas providencias que se debe aplicar la prescripción cuatrienal, establecida en los estatutos de carrera.

Con el fin de aportar elementos que permitan a su señoría tomar una decisión y atender los precedentes jurisprudenciales, me permito transcribir apartes de una sentencia promulgada por el Honorable Consejo de Estado así:

Como en el caso sub lite, el recurrente se limita exclusivamente a controvertir la decisión del Tribunal de declarar prescritas las mesadas anteriores al año 2003, so pretexto de que la prescripción consagrada en el artículo 155 del Decreto 1212 de 1990, de cuatro años, había sido modificada a tres años, con fundamento en lo estipulado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, la Sala en lo pertinente, procederá a efectuar el estudio de este cargo, teniendo en cuenta que fue el único punto sobre el cual alegó el demandante en la sustentación del recurso.(Negrilla y subrayado es nuestro)

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado esta Corporación realizara el siguiente análisis:

Mediante el decreto 1212 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional, el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en el artículo 155 se establece que los derechos prestacionales allí consagrados, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. Según términos de la citada norma "el reclamó escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

Como es sabido, los Decretos Extraordinarios, también denominados Decretos-Leyes, eran emitidos por el Presidente de la República, requiriendo de una ley de "facultades extraordinarias" y precisas, que dictaba el Congreso, cuando la necesidad lo exigía o las conveniencias públicas lo aconsejaban, de conformidad con el numeral 12 del artículo 76 Constitucional.

Es claro entonces, que los Decretos Legislativos, los Decretos - Leyes o Extraordinarios, los Decretos Constitucionales y los Decretos de Planificación, constituyen actos administrativos de naturaleza legislativa, es decir, que gozan de fuerza igual a la de las leyes, mientras que los Decretos Especiales, los Reglamentarios y los Ejecutivos, constituyen actos de naturaleza administrativa. Ahora bien, en desarrollo de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y en su artículo 43 dispuso: Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones revistas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles." Negrillas de la Sala.

De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con

lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador.

De modo que el Presidente de la República, al encontrarse ante una ley, puede dictar normas también generales como la ley, respetando esta última, pero que concreten más su contenido, con el fin de facilitar o hacer posible su aplicación práctica; normas que reciben el nombre de Decretos Reglamentarios..

Que: "... si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la Ley, para buscar una aplicación conveniente a través de reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de "arreglar la ley" para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la Ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150..

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, refirma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional"

Con base en los argumentos transcritos la parte actora solicita que, se aplique el numeral cuarto de las Reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, y se revoque la prescripción trienal que decretó el Juzgado Octavo Administrativo de Sincelejo en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia, para el pago de las diferencias de reajuste que resultan de la reliquidación ordena y al pago de las diferencias que resultan de la reliquidación inclusión y en su lugar se ordene a la demandada a liquidar las diferencias del reajuste ordenado a partir del 10 de octubre de 2011 con aplicación del fenómeno

jurídico de la prescripción cuatrienal de conformidad con lo establecido en el artículo 174 del decreto 1211 de 1990.

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión de las partes y concepto del Ministerio Público.

El conocimiento de apelación le correspondió a este despacho por reparto de fecha 09 de marzo de 2017 (folio 2) y fue puesto en conocimiento del Magistrado Sustanciador el 6 de abril de 2017 según nota de secretaria obrante a folio 3 del expediente.

El recurso de apelación que fue admitido a través de auto de fecha 28 de abril de 2017 (folio 4), y posteriormente por auto de fecha 23 de junio de 2017 (folio 13) se le corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

En esta oportunidad procesal no hubo pronunciamiento de las partes y el representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto (folio 19).

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, en segunda instancia.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en los oficio No. 2015-68634 de fecha 24 de septiembre de 2015, mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le negó; la liquidación de la asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% del mínimo de conformidad al régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000 y a su vez, la reliquidación de la asignación de retiro dándole correcta aplicación al artículo 16 del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a dilucidar si *¿Es procedente el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional con sustento en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para quien tuvo la condición de Infante de Marina Voluntario antes del 31 de diciembre de 2000 y posteriormente fue ascendido a Infante de Marina Profesional? Igualmente responderá la Sala, ¿De conformidad con la línea jurisprudencial trazada por el H. Consejo de Estado, cual es el término de prescripción de los derechos prestacionales de los miembros de las Fuerzas Militares?*

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: i) Del Régimen salarial y prestacional de los Infantes de Marina Voluntarios que posteriormente se convirtieron en Infantes de Marina Profesionales; ii) La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación; iii) Prescripción de los derechos prestacionales de los miembros de las Fuerzas Militares-reiteración jurisprudencial, y iv) El caso concreto.

I. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS INFANTES DE MARINA VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE SE CONVIRTIERON EN INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.

En primer lugar, téngase en cuenta que, actualmente, bajo la normatividad que rige a las Fuerzas Militares, la figura del Soldado Voluntario desapareció bajo la denominación unificada de Soldado Profesional; no obstante, el caso en cuestión exige que se analice las diferencias que en su momento existieron al respecto. Para ello, nada mejor que citar lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 2009, Exp. No. 2311-08, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, donde se consideró:

"Soldado Voluntario: mediante la Ley 131 de 1985, se estableció el servicio militar voluntario, para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifieste el deseo de prestar el servicio militar voluntario.

Soldado Profesional: de conformidad con el artículo 1º del Decreto Ley 1793 de 2000, los soldados profesionales son "los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".

Como bien puede apreciarse los dos conceptos anteriores son diferentes, el soldado voluntario surge del deseo de este de continuar en el servicio, luego de haber

prestado el servicio militar obligatorio. En cambio el soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio.”

Ahora, en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política, el constituyente atribuyó al Congreso la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, razón por lo que se expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1º dispuso la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, reiterando así lo dispuesto por el artículo 189, numeral 11 superior -facultad reglamentaria general-. Cabe destacar, que en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, el legislador impuso una limitante al Gobierno Nacional en su labor reglamentaria, relacionada con los derechos adquiridos y el desmejoramiento de salarios y prestaciones. Esta última norma es del siguiente tenor:

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

Por otro lado, en lo que respecta a los soldados voluntarios, mediante la Ley 131 de 1985 se expidieron normas relacionadas con la prestación del servicio militar obligatorio. En el artículo 4º de dicha norma se dispuso lo relacionado con la remuneración percibida por los Soldados Voluntarios, así:

“El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”

Esta norma, además de vincular a un tipo de soldados, también le estableció una remuneración, por lo que no puede desconocerse el derecho adquirido que frente a dicha prestación periódica habían adquirido, más cuando la misma es reiterada con posterioridad, ya con la naturaleza salarial, mediante el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la vinculación de Soldados Profesionales. La norma señala:

“Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131

de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.

De acuerdo con lo anterior, si bien en la Ley 131 de 1985 se dispuso para los Soldados Voluntarios una Bonificación, no es menos cierto que mediante el Decreto 1794 de 2000, al crearse el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se le confirió la denominación de salario, garantizando con ello un derecho adquirido de los Soldados Voluntarios, condicionado únicamente a que al 31 de diciembre de 2000 ostentara dicha calidad.

Así pues, en cabeza de los antes denominados Soldados Voluntarios, existía y hoy existe aún, el derecho que se configuró bajo el imperio de una ley vigente –Ley 131 de 1985-, y posteriormente, mediante Decreto Reglamentario, se reiteró su naturaleza salarial – Decreto 1794 de 2000-; de modo que, el hecho que los Soldados Voluntarios hayan hecho tránsito a Soldados Profesionales, sea voluntariamente o no, no los excluye ni los exceptúa del derecho de ver incrementado su salario en un porcentaje del 60% de conformidad con lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Los derechos adquiridos en materia laboral, deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e interpretación más ventajosa o benéfica para el servidor público, que opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas, en beneficio de la parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

De modo que, una interpretación correcta de la norma, acoge la posición de que el salario mensual del Soldado Profesional, que inicialmente tuvo el carácter de Soldado Voluntario, esto es, para el 31 de diciembre de 2000, equivale al salario mínimo legal mensual vigente para cada año, incrementado en un 60%, pues así se deduce del análisis de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, artículo 1º y párrafo del artículo 2º del Decreto 1794 de 2000.

En aras de unificar jurisprudencia en el asunto en cuestión, el H. Consejo de Estado reiteró el criterio antes mencionado en sentencia del 25 de agosto de 2016, M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en donde se consideró:

"En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,³ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁴ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁵ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.
(...)

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁶ alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.
(...)

Reglas jurisprudenciales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:
(...)

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁷ 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 1985,⁸ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.⁹

II. LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, SU RECONOCIMIENTO Y FORMA DE LIQUIDACIÓN. El Legislador, a través de la expedición de la Ley 923 de 2004,

³ Ib.

⁴ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁵ Ib.

⁶ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁷ Ib.

⁸ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Exp. No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015), M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

señaló las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Es así como en el artículo 2º de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

*"Artículo 2º. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:*

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal". (Resalta la Sala)

Como desarrollo de la ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

El decreto en mención, específicamente en el artículo 3º, se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados sentados por el constituyente derivado en la Ley 923 de 2004, veamos:

"Artículo 3º. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad".

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, deben estar imbuidas por los principios reseñados ut supra, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad¹⁰, y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera puntual a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables; el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16, estipuló:

*"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La **asignación de retiro**, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.

¹⁰ Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

(...)

Artículo 16. 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". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En orden de lo expuesto, para el caso específico de los soldados profesionales, las partidas computables para la asignación de retiro son: 1) Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000, esto es, el conformado por un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario; y 2) Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

Así entonces, vemos como para los miembros de las Fuerzas Militares que ostentan la calidad de soldados profesionales, se les liquida la asignación de retiro con base en un salario mensual más el 40% del mismo, obviándose con ello, lo consagrado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000¹¹; aunado que a los mismos no se les incluye como partida computable, el subsidio familiar, a contrario sensu, de lo que acontece con los oficiales y suboficiales pertenecientes a las mismas fuerzas del orden

Valga la pena mencionar que, la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado¹², anteriormente citada en esta providencia, trajo consigo una serie de reglas jurisprudenciales, que se deben observar a la hora de estudiar casos como el que hoy nos ocupa, uno de esos temas fue precisamente los efectos prestacionales de ordenar el reajuste salarial del 20% a favor de los soldados profesionales que venían como voluntarios; definiendo, que según los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los Soldados

¹¹ "Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)".

¹² Ídem Pie de página 9.

Profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

“Artículo 2. Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.

Parágrafo. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

Artículo 3. Prima de servicio anual. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los 15 primeros días del mes de julio de cada año.

Parágrafo 1. Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.

Parágrafo 2. Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de 90 días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.

Artículo 4. Prima de vacaciones. A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al 50% del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del 1º de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.

Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.

Artículo 5. Prima de navidad. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.

Parágrafo. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

...

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.

...

Artículo 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”

Así las cosas, de la lectura de las disposiciones transcritas se revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado

III. PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES-REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

La Ley ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible, por esa razón es viable que el interesado pueda elevar la solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo, no obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son las mesadas pensionales en el término señalado por el legislador.

Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones y se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

Al respecto se puede traer a colación lo contemplado por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990:

“Artículo 174. Prescripción. 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.

Posteriormente con la expedición del Decreto 4433 de 2004, se señaló:

"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.

Como se observa, existe una contraposición en los términos de exigibilidad de los derechos prestacionales, luego entonces, la figura de la prescripción es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la Ley le otorga, lo que supone, la evidencia de la exigibilidad y una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

En relación con la prescripción, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de dar aplicación a la prescripción cuatrienal de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, pese a lo estipulado en el Decreto 4433 de 2004., manifestando:

"De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador.

De modo que el Presidente de la República, al encontrarse ante una ley, puede dictar normas también generales como la ley, respetando esta última, pero que concreten más su contenido, con el fin de facilitar o hacer posible su aplicación práctica; normas que reciben el nombre de Decretos Reglamentarios.

Respecto del poder reglamentario esta Corporación en anteriores oportunidades ha sostenido que: "... si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la Ley, para buscar una aplicación conveniente a través de reglamento.

En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de “arreglar la ley” para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la Ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150...”

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional.”¹³.

Posteriormente, este tema también fue punto de análisis en la sentencia de unificación fechada 25 de agosto de 2016, señalando en dicha oportunidad¹⁴.

“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 101 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.”

En este orden, la prescripción que en esta providencia se decretará será ajustada a línea jurisprudencial antes descrita, que no es otra que la contemplada en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, esto es la de los cuatro (4) años, contados desde la fecha en que se hicieron exigibles los derechos.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

IV. EL CASO EN CONCRETO.

Al unísono con el acopio probatorio recabado en el expediente, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 4 de septiembre de 2008, Actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo Exp. N° 0628-08, con ponencia del Consejero GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, posición reiterada en la sentencia del 10 de octubre de 2013. Consejero Ponente ALFONSO VARGAS RINCON.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

- De acuerdo con la constancia laboral aportada al plenario se acreditó que el señor BETUEL GUERRA MÁRQUEZ, ingresó a las Fuerzas Militares – Armada Nacional, con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio el 16 de julio de 1990 al 15 de enero de 1992; luego, continuó prestando sus servicios en la misma fuerza en calidad de Soldado Voluntario del 01 de junio de 1992 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 al 29 de julio de 2011; luego gozó de tres meses de alta desde el 30 de julio de 2011 hasta el 28 de octubre de 2011, fecha en la que se retiró del servicio.¹⁵
- De acuerdo con la hoja de servicios aportada al plenario, se encuentra acreditado que el señor GUERRA MÁRQUEZ, para el mes julio de 2011, fecha en que ostentaba la calidad de infante profesional, devengó la siguiente suma:¹⁶

Fecha	Sueldo Básico	Equivalencia
Julio de 2011	\$749.840.00 ¹⁷	1 SMLMV + 40%

Cabe anotar que pese a que en el acervo no reposa certificación de pago en el interregno en el que actor estuvo vinculado como Soldado y/o Infante Voluntario, no es óbice para inferir que la cancelación de la remuneración en dicha época, se produjo bajo los lineamientos de la Ley 131 de 1985, esto es, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, por lo que esta Corporación asume que la Armada Nacional, acatando los principios de la función administrativa, especialmente, el de igualdad entendido éste en pagar igual remuneración que todos los soldados voluntarios, sufragó la asignación del actor conforme la condición de soldado y/o infante de marina voluntario, hecho frente al cual la entidad demandada no se opuso, por lo que se asume conforme lo alega en la contestación de la demanda que el pago fue legal.

Así las cosas, advierte la Sala que, en efecto, la entidad demandada modificó la condición salarial que venía disfrutando el demandante, teniendo en cuenta que se desempeñaba como Soldado Voluntario, y por ende, gozaba del beneficio

¹⁵ Fol. 6 y 79 C.Ppal.
¹⁶ Fol. 6. Frente a esto debe decirse que para dicho mes la Armada Nacional canceló 30 días de trabajo por valor de \$749.840,00.
¹⁷ El SMLMV para el año 2011 fue de \$535.600,00.

contemplado en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, esto es, devengando un salario mínimo legal mensual aumentado en un 60%, para luego ser reducido a un 40%.

En concordancia con lo señalado en el acápite que antecede, se reitera que, el paso de soldado voluntario a soldado profesional no puede implicar un desmejoramiento salarial, como tampoco se pueden vulnerar los derechos adquiridos, que efectivamente sí los posee el actor, de modo que, se hace necesario ordenar a la entidad demandada el reajuste salarial correspondiente, por lo que la sentencia apelada ha de ser CONFIRMADA.

Decantado lo anterior, pasa la Sala al análisis del tema de la prescripción, cargo señalado por el recurrente el recurso de apelación.

-Análisis de prescripción

El A quo, declaró de oficio probada la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al mes de septiembre del año 2012, con base en lo dispuesto por el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, y a su vez señaló en el numeral Quinto de la sentencia declarar probada la prescripción trienal de los mayores valores resultantes del reajuste de la acción de retiro a favor del actor causadas desde el 29 de octubre de 2011 hasta el mes de agosto de 2012, circunstancia ajena a los hechos de la demanda, y que debe ser modificada en la presente decisión.

Lo anterior es controvertido por la parte actora, aduciendo que sobre el particular debe darse aplicación a lo estipulado por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, esto es la prescripción cuatrienal de los derechos reclamados, y de conformidad a la Jurisprudencia del Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo.

Así las cosas, la Sala le advierte que a la luz de los presupuestos jurisprudenciales vistos en esta sentencia, le asiste razón a la parte actora, en cuanto al reclamo de la prescripción cuatrienal de los derechos discutidos a partir del momento en que se hicieron exigibles de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

En ese orden, se tiene que la petición en vía gubernativa se formuló por el actor el 18 de septiembre de 2015¹⁸, en consecuencia los derechos causados con

¹⁸ Folio 2.

anterioridad al 18 de septiembre de 2011 se encuentran prescritos de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Por lo anterior, se ordenará el reajuste de la asignación de retiro tomando como base de liquidación un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% más la inclusión del 38.5% de la prima de antigüedad tal como lo dispuso el A quo, pero aplicando la prescripción cuatrienal de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, esto es, a partir del 18 de septiembre de 2011,

2.4. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. Por la prosperidad del recurso de alzada, no hay lugar a condenar en costas en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍQUESE los numerales Tercero y Quinto de la sentencia apelada, los cuales quedaran así:

***"TERCERO:** De conformidad con la reliquidación ordenada en el numeral 2º de la parte resolutive de esta sentencia, se condena a la entidad accionada al pago del retroactivo producto de la diferencia que resulte a raíz del reajuste anual de la asignación de retiro, a favor del señor BETUEL GUERRA MÁRQUEZ, a partir del **18 de septiembre del año 2011.**"*

***QUINTO:** Declárese probada la excepción de **prescripción cuatrienal** de los mayores valores resultantes del reajuste de la asignación de retiro a favor del actor a partir del **18 de septiembre de 2011** hacia atrás"*

SEGUNDO: CONFIRMAR en su integralidad los demás numerales de la parte resolutive del fallo fechado 19 de diciembre de 2016, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 135

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA