

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISION No. 6

**MAGISTRADO PONENTE: Dr. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ
RIVEROS**

Tunja, 13 SEP 2018.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERIBERTO SOLANO DELGADO
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO:	1523833300 1 2017- 00016- 01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada contra el fallo proferido el 31 de enero de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por **HERIBERTO SOLANO DELGADO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA: por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **HERIBERTO SOLANO DELGADO** solicitó ante ésta Jurisdicción que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2015-

49842 de 22 de julio de 2015 a través del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le negó el reajuste de su asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada reajustar su asignación de retiro **i)** tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, es decir, con el salario mínimo incrementado en un 60%, y **ii)** de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, es decir, con el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el demandante señaló que prestó el servicio militar obligatorio como soldado regular y una vez terminado el periodo reglamentario, fue incorporado como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, siendo promovido a partir del 01 de noviembre de 2003 como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza Pública. Adujo que en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 el legislador dejó establecido un régimen de transición para los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 tenían la condición de soldados voluntarios, indicando que estos seguirían percibiendo como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60%, pero que pese a ello, en la Resolución No. 560 de 29 de enero de 2015 por la cual se le reconoció una asignación de retiro, se le liquidó la mesada pensional teniendo como base de liquidación el salario mínimo más el 40% del mismo, razón por la que mediante petición radicada el 30 de junio de 2015, solicitó el reajuste de su asignación de retiro, el que fue negado por medio del acto administrativo acusado (fls. 4 a 6).

2.2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA: Se trata de la sentencia proferida el 31 de enero de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, la Juez *a quo* señaló que el Decreto

4433 de 2004 desconoció el régimen de transición previsto en el Decreto 1794 de 2000, como quiera que limitó la base de liquidación de la asignación de retiro a 1 SMLMV + (40% SMLMV), cuando lo que correspondía al grupo de soldados que fueron vinculados en vigencia de la Ley 31 de 1985, era 1 SMLMV + (60% SMLMV), por tal razón, señaló que aunque éste último emolumento no haya sido cancelado en servicio activo, ello no significa que no deba ser tenido en cuenta para liquidar la asignación de retiro debido a que se deben respetar los derechos adquiridos de los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000, como es el caso del demandante quien se vinculó como soldado voluntario el 31 de enero de 1996 en virtud de la Ley 131 de 1985, y luego fue clasificado como soldado profesional en atención a lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, razón por la que concluyó que se debe reajustar su asignación de retiro tomando como base 1 SMLMV + (60% SMLMV).

De otra parte, en lo que respecta a la pretensión de reajuste de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Juez *a quo* señaló que no es correcta la interpretación que hace la entidad demandada del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que dicha normativa es clara en indicar que es solo al salario básico mensual al que se le saca un porcentaje del 70%, valor al que debe adicionarse el 38.5% de la prima de antigüedad; y que lo que la accionada ha venido haciendo es sumar el sueldo con la prima de antigüedad en un 3.85%, para luego al resultado de esa suma sacarle el porcentaje del 70%.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, dispuso declarar la nulidad del acto administrativo acusado y ordenó a la demandada reajustar la asignación de retiro del actor a partir del 31 de marzo de 2015, tomando como base 1 SMLMV + (60% SMLMV), y aplicando el 70% de qué trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al sueldo básico señalado como partida computable, y una vez obtenido el resultado de dicha operación

deberá adicionarse el monto que corresponda al 38.5% de la prima de antigüedad (fls. 82 a 85).

2.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN: inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la entidad demandada la impugnó oportunamente indicando, de una parte, que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece que la asignación de retiro de los soldados profesionales se liquidará sobre el *“salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000”*, norma que dispone que *“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.”*, base de liquidación que aseguró le fue tomada en cuenta en la asignación de retiro del actor, atendiendo además que dicho porcentaje es el que aparece reconocido en la hoja de servicios del actor, por lo que adujo que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad en tal sentido.

De otra parte, señaló que de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro en un equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como asegura lo está aplicando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y lo ha dejado establecido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda- Subsección “C”, en sentencia de 20 de septiembre de 2013, proceso No. 11001333503020120008601, e igualmente lo precisó el Departamento Administrativo de la Función Pública en concepto rendido sobre éste asunto, razón por la que aseguró que el acto administrativo acusado goza de legalidad.

De otra parte, en lo que respecta a la condena en costas, adujo que si se decide imponer condena en costas en contra de la entidad demandada, solicita se tenga en cuenta la excepción de prescripción propuesta, ya que de prosperar la misma habría una prosperidad parcial de la demanda y el

numeral 5° del artículo 365 del C.G.P., establece que en tal caso el Juez puede abstenerse de imponer condena en costas (fls. 86 a 90).

2.4.- TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION. El apoderado del actor solicitó en su escrito de alegatos que se confirme la sentencia de primera instancia, debido a que existe un mandato expreso relacionado con la asignación salarial para quienes siendo soldados voluntarios se vincularon posteriormente como soldados profesionales, según el cual “quienes a 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985 devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) (Inciso 2ª del Art. 1ª del Decreto 1794 de 2000- régimen de transición). Adicionalmente, indicó que se debe dar aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en la liquidación de la asignación de retiro del acto, tomando el 70% de la asignación básica y al valor resultante se le adicione el 38.5% de la asignación básica como prima de antigüedad (fls. 122 a 127).

La Agencia del Ministerio Público emitió concepto solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, con fundamento en que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe reconocer, liquidar y pagar la asignación de retiro del actor conforme a la normatividad aplicable, independientemente de si el empleador reconoció o no en servicio activo el salario que realmente tenía derecho el soldado. Además, precisó que respecto de los soldados voluntarios que luego pasaron a ser soldados profesionales, existe un precedente judicial sentado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 en la que se dijo que la remuneración o asignación básica de los soldados profesionales es el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, como lo señaló la Ley 131 de 1985.

De otra parte, expresó que la entidad demandada ha fijado la asignación de retiro en el monto que resulta de sumar el 70% del sueldo básico con el 70% de la prima de antigüedad, situación que a su juicio no corresponde a lo indicado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debido a que dicha normativa señala que el porcentaje del 70% se aplica solamente al salario

mensual y no a la prima de antigüedad, pues esta última se adiciona al valor resultante, tal como asegura lo explicó el Consejo de Estado, razones por las que considera se debe acceder al reajuste de la asignación de retiro del actor, en los términos pedidos en la demanda (fls. 118 a 121).

III. CONSIDERACIONES

3.1.-El problema jurídico

El problema a jurídico en el sub judice se contrae a determinar los siguientes aspectos:

1. Es procedente reajustar la asignación de retiro reconocida al soldado ® HERIBERTO SOLANO DELGADO, con fundamento en lo previsto en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, norma que establece que los soldados que a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1.985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), o si, por el contrario, se le debe liquidar tal asignación en los términos establecidos en el inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, es decir, con un salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

2. Estudiar la legalidad del acto administrativo No. 2015-49842 de 22 de julio de 2015, a través del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES niega al actor el reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Con el fin de absolver este cuestionamiento, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: **(i).** marco normativo - cambio de categorización de soldados voluntarios a soldados profesionales - régimen salarial aplicable. **(ii).** Asignación de retiro de los soldados profesionales; **(iii)**

Manera en que ha de liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales; y **(iv)** caso concreto.

3.2.- MARCO NORMATIVO - CATEGORIZACIÓN DE SOLDADOS VOLUNTARIOS A SOLDADOS PROFESIONALES - RÉGIMEN SALARIAL APLICABLE.

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual *"se dictan normas sobre servicio militar voluntario"*, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados¹ por un lapso no menor a doce (12) meses, quedando sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las fuerzas militares².

El artículo 4º de la citada ley consagró para los soldados voluntarios una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 4o. 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."

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, *"por el cual se estableció el Régimen de Carrera y Estatuto Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, codificación que en su artículo 1º dispuso que "los soldados profesionales son los

¹ Artículo 2º de la Ley 131 de 1985.

² Artículo 3º ibidem.

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".

Con respecto a la incorporación de los soldados profesionales, el artículo 5º ibídem, señaló que los aspirantes que cumplan con las condiciones antes señaladas, se someterán a un proceso de selección previo realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza, teniendo prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior³.

Igualmente la referida norma dispuso en su parágrafo lo siguiente:

"PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 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." (Negrilla y resaltado fuera del texto)

De las normas transcritas se advierte que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, siempre que así lo hubieran expresado y hayan sido aprobados por el comandante de la Fuerzas, quedando sujetos íntegramente a lo dispuesto en el citado Decreto 1793 de 2000, tal como lo estableció el artículo 42⁴ ibídem.

³ ARTÍCULO 4. REQUISITOS PARA INCORPORACION. Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:

(...)

f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció, o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.

(...)

⁴ ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

3.3 DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

El artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 dispuso que el Gobierno Nacional expediría los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4° de 1992, y sin desmejorar los derechos adquiridos. En cumplimiento de dicho mandato, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, cuyo artículo 1° estableció lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. *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%)". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

El párrafo del artículo siguiente a que se refiere la norma transcrita, es decir, el párrafo del artículo 2° del Decreto 1794 de 2000 es del siguiente tenor:

"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."*

De las anteriores premisas normativas se infiere que los soldados voluntarios incorporados bajo esta modalidad en vigencia de la Ley 131 de 1985, y antes del 31 de diciembre de 2000, y que por virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, se acogieron al régimen prestacional y salarial a que se ha hecho referencia, **pero conservando**, por aplicación del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1974 de 2000, el derecho a

percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%).

A esta conclusión llegó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 en la que se indicó lo siguiente:

"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, 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, 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 material 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 132 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

(....)

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario aumentado en un 40%.

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 2000 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%⁵.
(Negrilla y resaltado fuera del texto)

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que en la referida sentencia unificadora proferida por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se precisó que con la interpretación normativa descrita no

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01 No. Interno: 3420-2015.

se presenta transgresión alguna al principios de inescindibilidad, "puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1º inciso 2º, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%". Además, agregó que" al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, sólo que a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793 y 1794 de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó además, que a dicho personal se le reconocieran las prestaciones sociales que antes no devengaba⁶."

3.4. ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

En lo que respecta a la asignación de retiro de los soldados profesionales, es del caso señalar que el legislador expidió la Ley 923 de 2004 ***"Mediante la cual se señalan 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 de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política", y en desarrollo de la referida Ley, el Presidente de la República 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",*** norma que en su artículo 13 estableció las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales en los siguientes términos:

Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y

⁶ Ídem

de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:
(.....)

3.2 Soldados Profesionales:

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

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

3.5. DE LA FORMA EN QUE HA DE LIQUIDARSE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

El artículo 16 ibídem, determino el reconocimiento de la asignación de retiro para soldados profesionales bajo los siguientes parámetros:

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. (Resaltado fuera del texto).

Frente a la interpretación correcta de esta última norma, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 11 de diciembre de 2014, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García Gonzales, expediente No. 2014-02292-01, indicó que los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 son claros, "*pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser **adicionado** con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la normas transcrita con la puntuación "," que precede al verbo **"adicionado"***".

4. CASO CONCRETO.

Tal como aparece consignado en la Hoja de Servicios visible a folio 32 del expediente, el señor HERIBERTO SOLANO DELGADO prestó sus servicios en el Ejército Nacional de la siguiente manera: Servicio militar obligatorio del 16 de junio de 1994 al 10 de diciembre de 1995; como soldado voluntario del 01 de enero de 1996 al 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional del 01 de noviembre de 2003 al 31 de diciembre de 2014, es decir, por un periodo superior a 20 años, razón por la que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció una asignación de retiro mediante Resolución No. 560 de 29 de enero de 2015, liquidada así:

"- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).

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

De las referidas pruebas se puede colegir lo siguiente:

1. El actor prestó sus servicios en el Ejército Nacional de la siguiente manera: Servicio militar obligatorio del **16 de junio de 1994** al 10 de diciembre de 1995; como soldado voluntario del 01 de enero de 1996 al 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional del 01 de noviembre de 2003 al 31 de diciembre de 2014, luego es un hecho probado que su situación queda cobijada por el **inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000** por cuanto a 31 de diciembre del año 2000 se encontraba vinculado como soldado voluntario en virtud de lo previsto en la Ley 131 de 1985, por consiguiente, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, concluye la Sala que el señor HERIBERTO SOLANO DELGADO tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reajuste su asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2º

del artículo 1º del referido Decreto, esto es, en un equivalente al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, ello por cuanto, como otrora se mencionó, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones⁷. En consecuencia, se revocará la sentencia apelada en tal sentido.

2. La entidad demandada al efectuar la liquidación de la Asignación de Retiro del actor, lo que hizo fue sacar el 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.50% de la prima de antigüedad (fl. 88)⁸, cálculo que contraviene lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, habida cuenta que, como lo dejó establecido el Consejo de Estado, la asignación de retiro equivale al 70% del salario mensual, **adicionado** con el 38.5% de la prima de antigüedad.

CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, colige la Sala que la entidad demandada deberá reajustar la asignación de retiro del actor **1)** tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario 1794 de 2000, esto es, en un equivalente al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%; y **2)** calculando el reajuste bajo los siguientes parámetros: $AR = (SM \text{ incrementado en un } 60\% \times 70\%) + (SF) + (PA \times 38.5\%)$. Donde AR= Asignación de Retiro. SM= Salario Mensual. SF= Subsidio Familiar. PA= Prima de Antigüedad.

4.1 PRESCRIPCIÓN

⁷ A esta conclusión llegó el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación.

⁸ Así lo precisó en el recurso de apelación.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que entre el día **12 de febrero de 2015** fecha de notificación de la Resolución No. 560 de 29 de enero de 2015 por la cual se reconoció y ordenó pagar una asignación de retiro al actor (fls. 33 y 34), y el **día 30 de junio de 2015** (fl. 27), calenda en que el demandante solicitó ante la entidad demandada el reajuste de su asignación de retiro, NO transcurrieron más de cuatro (4) años, forzoso resulta concluir que no operó el fenómeno de la prescripción cuatrienal prevista en los artículo 10⁹ y 174¹⁰ de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente¹¹.

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser CONFIRMADO.

5.- Costas y Agencias en Derecho:

Finalmente, la Sala condenará en costas en ésta segunda instancia a la entidad demandada por resolverse de manera desfavorable el recurso de apelación¹², y por encontrarse causadas, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

VI. DECISION

⁹**Artículo10.** El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.

¹⁰**ARTICULO 174. PRESCRIPCION.** Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹¹ Teniendo en cuenta el carácter imprescriptible de las pensiones, el interesado puede solicitar el reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo y no obstante que el derecho es imprescriptible, no lo son las acciones que emanen de los derechos prestacionales por tal virtud prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador. Al respecto se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección "A", C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 07 de febrero de 2008, expediente No. 13001-23-31-000-2003-00718-01(1414-07).

¹²C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación...."

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

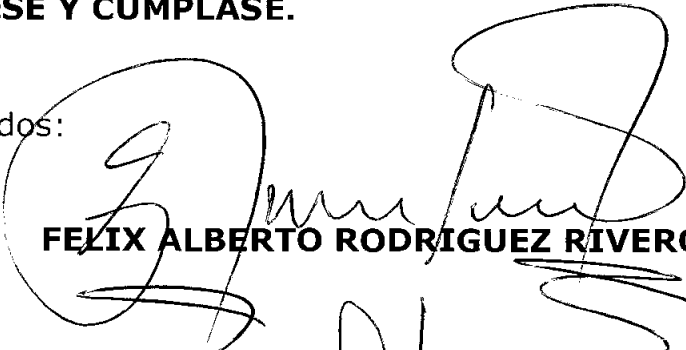
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido el 31 de enero der 2018 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la entidad demandada, por habérsele resuelto de manera desfavorable su apelación, y por encontrarse causadas, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8º del Artículo 365 del C.G.P. Para la fijación y liquidación de las agencias en derecho se procederá conforme lo dispone el artículo 366 del C.G.P.

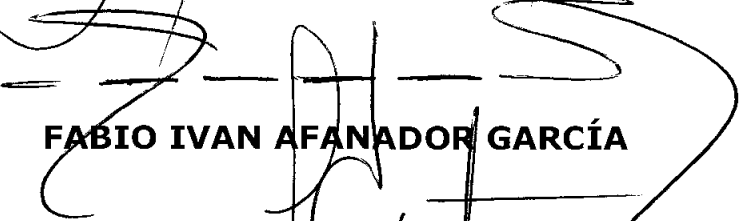
TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

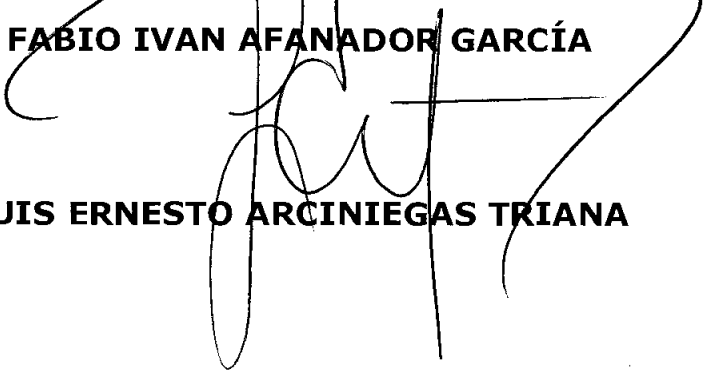
Los Magistrados:



FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS



FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA