



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO (5°) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

Radicado: 73001-33-33-005-2021-00174-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilson Avilés Cardozo
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

Advertido que el numeral 1°. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2.020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante proveído del 25 de febrero de 2.022, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes

La demanda

El señor **Wilson Avilés Cardozo** actuando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, C. de P.A. y de lo C.A., promovió demanda contra la **Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**, tendiente a obtener mediante sentencia judicial un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Pretensiones

Declaraciones y condenas (fls. 1y 2 archivo 3, expediente digital):

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nro. 2021317001574081 del 3 de agosto de 2.021, mediante el cual se resolvió negativamente el incremento de la pensión de invalidez del demandante, con el 20% dejado de percibir cuando hizo tránsito de soldado voluntario a soldado profesional.
2. Ordenar a la entidad demandada a reajustar la pensión de invalidez del

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

demandante, con el 20% del sueldo dejado de percibir conforme lo ordenó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2.016.

Como pretensiones condenatorias y a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

3. Condenar a la entidad demandada a indexar la diferencia resultante entre lo pagado y lo dejado de pagar, conforme lo señala el artículo 187 de la Ley 1.437 de 2.011.
4. Ordenar a la institución accionada a reconocer intereses moratorios en favor del demandante.
5. Que se dé aplicación a la prescripción cuatrienal, toda vez que el demandante está cobijado por el artículo 174 del Decreto 1.211 de 1.990.
6. Condenar en costas a la entidad demandada.

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, la parte demandante narró los siguientes

Hechos (fls. 3 a 4, expediente digital):

1. El señor **Wilson Avilés Cardozo** prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado voluntario y luego hizo tránsito a soldado profesional, de conformidad con el Decreto Ley 1.793 de 2.000, por un tiempo de 12 años 7 meses y 17 días, según constancia de tiempo de servicio.
2. Mediante la Resolución No. 4283 del 26 de noviembre de 2.010, fue reconocida a su favor pensión de invalidez, sin incluir el reajuste de la misma con el 20% del sueldo dejado de pagar cuando hizo tránsito de soldado voluntario a soldado profesional.
3. El inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1.794 de 2.000 dispuso que quienes al 31 de diciembre del año 2.000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1.985, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.
4. El Consejo de Estado - Sección Segunda profirió la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2.016, según la cual en virtud del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1.794 de 2.000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales tienen derecho a ser remunerados en el monto de un salario básico incrementado en un 60%.

Normas violadas y concepto de violación

Como normatividad transgredida, el profesional en derecho citó los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 42, 43, 53, 58, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política, la Ley 131 de 1.985, el Decreto 1.794 de 2.000, el Decreto 1.973 de 2.000, el Decreto 1.211 de 1.990, los artículos 79, 148 y 161 del artículo 2 de la Ley 923 de 2.004, los artículos 2, 3, 13.1.7 y 13.2.1 del Decreto 4.433 de 2.004 y la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2.016.

Aseguró que el Gobierno Nacional reguló el sistema prestacional y salarial de los miembros de las Fuerzas Militares, para lo cual profirió el Decreto 1.794 de 2.000, estableciendo con ello una homologación de los soldados voluntarios vinculados mediante la Ley 131 de 1.985 a la categoría de soldados profesionales que se creó con el decreto en comento, estructurando de esa manera un programa de incorporación, evaluación y retiro de los soldados profesionales.

Acorde a lo anterior indicó que, el Decreto 1.794 de 2.000, determinó como requisitos

para ser beneficiario del régimen de transición creado en su artículo 1º, esto es, hacerse acreedor al reconocimiento de una asignación básica en actividad equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%: i) haber prestado servicio militar obligatorio, ii) estar vinculado como soldado voluntario al 31 de diciembre de 2.000 y iii) manifestar la intención de incorporarse como soldado profesional; así mismo precisó que vía jurisprudencial se dispuso que se debe continuar reconociendo el 20% faltante a los soldados voluntarios que fueron profesionalizados al tratarse de un derecho adquirido.

Trámite procesal

El 21 de septiembre de 2.021 fue radicado el trámite de la referencia y una vez sometido a reparto, correspondió a este Despacho su conocimiento (expediente digital, archivo 2) y la demanda fue recibida por parte de la oficina judicial el mismo día (expediente digital, archivo 4).

Por auto del 8 de octubre de 2.021 (expediente digital, archivo 6) se admitió la demanda de la referencia y se ordenó la notificación a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

Surtida en debida forma la notificación a las partes, dentro del término para contestar, la entidad demandada allegó escrito de contestación en los siguientes términos:

Contestación entidad demandada

Nación -Ministerio de Defensa -Ejército Nacional.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, considerando carecen de sustento fáctico y jurídico, en razón a que el acto administrativo acusado no adolece de ninguna nulidad. Preciso que el incremento del 60% tiene exclusiva aplicación para aquellos soldados que continuaron adscritos a la institución como voluntarios, motivo por el cual, quienes se vincularon como soldados profesionales quedaron exceptuados de tal beneficio, ello en virtud de la taxatividad y especialidad del Decreto 1.794 de 2.000, disposición que permitió el tránsito de los soldados voluntarios desde la fecha de expedición de dicho decreto hasta el 1º de noviembre de 2.003, cuando fueron incorporados como soldados profesionales, sin que tal situación implicara una desmejora laboral, simplemente se acogieron a un régimen legal y prestacional distinto.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó: **i. legalidad del acto administrativo demandado**, aseverando que las prestaciones reconocidas al demandante se efectuaron conforme al régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, el cual es un régimen especial que difiere en su aplicación respecto de la Ley 100 de 1.993 y que a todas luces, contempla beneficios prestacionales más favorables a los miembros activos y retirados de las Fuerzas Militares, sin que de tal manera se desconozca el derecho a la igualdad, y sin que afecte la pretensión encaminada al reajuste del 20% y la reliquidación de la prima de antigüedad y del subsidio familiar y, **ii. prescripción de derechos por inactividad injustificada del actor**, indicando que el derecho alegado está prescrito, en razón a que transcurrieron los 4 años que dispone el artículo 174 del Decreto 1.211 de 1.990, pues el derecho a exigir el aumento del 20% se configuró desde el momento en que

Sentencia de Primera Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00174-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilson Avilés Cardozo
Demandado: Nación - Ministerio de Defensas - Ejército Nacional

el actor fue reconocido como soldado profesional, es decir, a partir del momento en que recibió por primera vez su salario y consideró que estaba siendo desmejorado; máxime cuando a la fecha el demandante se encuentra retirado del servicio (expediente digital, archivo 9, fls. 1 a 10).

La audiencia inicial

Advertido que el numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2.020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, en el presente asunto no se llevó a cabo audiencia inicial, razón por la cual mediante auto del 25 de febrero de 2.022, se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas allegadas al presente medio de control, se prescindió de la audiencia inicial, se declaró precluido el término probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión (expediente digital, archivo 18).

En consecuencia, de la constancia secretarial de fecha 28 de marzo de 2.022, se advierte que dentro del término concedido para alegar de conclusión, las partes allegaron escrito (expediente digital, archivo 24).

Alegatos de Conclusión

Parte demandante.

Ratificó los argumentos esbozados en la demanda al considerar que en razón a que el señor Wilson Avilés Cardozo hizo tránsito de soldado voluntario a soldado profesional, tiene derecho al reajuste de su pensión de invalidez con el incremento del 20% en la partida computable de salario básico. En relación con la prescripción, manifestó que al tratarse de un derecho pensional que es imprescriptible se puede reclamar en cualquier momento (expediente digital, archivo 22).

Parte demandada.

Afirmó que existe prescripción de los derechos laborales del señor Wilson Avilés Cardozo, en razón a que desde el mismo momento en el que le fue reconocida y pagada su pensión, podía haber instaurado las acciones correspondientes para recibir el porcentaje que ahora reclama sin que dentro del momento correspondiente lo hubiera hecho, y con base en ello estimó que era necesario aplicar el artículo 174 de la Ley 1.211 del 1.990, que contempla la regla prescriptiva cuatrienal para las acreencias laborales de un sector específico de servidores públicos, debido a que admitir la tesis contraria sería admitir que todos los derechos surgidos al amparo de la Ley 131 del 1.985 serían imprescriptibles (expediente digital, archivo 19).

Ministerio Público.

No emitió concepto de fondo.

Consideraciones

Competencia

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 104 numeral 4° del C. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2° y 156 numeral 3° *ibidem*.

Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar, conforme se estableció en providencia del 25 de febrero de 2.022, ¿si el acto administrativo demandado oficio Nro. 2021317001574081 MDN-COGFM-COEJC SECEJ-JEMGF-COPER-IPER1.10 del 3 de agosto de 2.021, que negó el reconocimiento y pago del 20% del salario básico devengado por el demandante, está ajustado o no a derecho, para lo cual debe analizarse el régimen jurídico aplicable al presente asunto y en consecuencia, determinar si el demandante tiene derecho a que se reajuste y reliquide la asignación mensual de retiro con inclusión del 20% sobre el salario básico en aplicación del Decreto 1.794 de 2.000 artículo 1° inciso 2° y las partidas que componen la misma, con aplicación de la prescripción cuatrienal establecida en el Decreto 1.211 de 1.990?

Tesis parte demandante

Debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, por cuanto está viciado de nulidad, debido a que el señor Wilson Avilés Cardozo cumple con las disposiciones del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1.794 de 2.000, para hacer tránsito de soldado voluntario a soldado profesional y tener derecho al reajuste de su pensión de invalidez con el incremento del 20% en la partida computable de salario básico, en razón a que al 31 de diciembre de 2.000 se encontraba vinculado como soldado voluntario. Adicionalmente, debe aplicarse la prescripción de 4 años de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1.211 de 1.990.

Tesis parte demandada

El acto administrativo demandado se ajusta a la ley y a la Constitución Nacional, como quiera que, en virtud del Decreto 1.794 del 2.000, el incremento del 60% tiene exclusiva aplicación para aquellos soldados que continuaron adscritos a la institución como voluntarios, pues, quienes se vincularon luego del 1° de noviembre de 2.003 como soldados profesionales quedaron exceptuados de tal beneficio, máxime que en el asunto de la referencia operó la prescripción de derechos laborales, porque el actor no presentó oportunamente su inconformidad con la asignación salarial reconocida.

Tesis del Despacho

Analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda, la contestación a la misma y los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, en el presente caso se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, debido a que de acuerdo con el criterio de unificación emitido por el Consejo de Estado frente al tema, resulta viable la reliquidación y reajuste de pensión de invalidez con la inclusión del incremento del 20% de la partida computable del sueldo básico, no obstante, el término de prescripción a aplicar a dichas mesadas es de 3 años de conformidad con el artículo 43 del Decreto 4.422 de 2.004.

Marco Normativo

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el

ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado, se aprecia claramente que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecucional, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto el señor **Luis Hernando Tuberquia Higuita** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho depreca la nulidad del **oficio Nro. 690 CREMIL 20597771 del 14 de diciembre de 2.020**, que negó el reajuste de los valores pagados, indexación de los valores adeudados, teniendo en cuenta la prescripción cuatrienal y los intereses moratorios de la asignación de retiro del demandante, por cuya ilegalidad aboga, y a consecuencia de la aludida declaración de nulidad, pretende el restablecimiento de los derechos que estima conculcados por el proceder de la entidad accionada, para lo cual solicita el reconocimiento y pago de las diferencias existentes entre lo pagado y lo que se debió pagar de acuerdo a lo ordenado en la Resolución 3025 del 18 de enero de 2.018 que reconoció el reajuste de su asignación de retiro, a partir del 25 de octubre de 2.013 y hasta el 25 de octubre de 2.017.

Así las cosas, en sentir del Despacho en efecto, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por parte de esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, este Juzgado es competente para la presente demanda.

El Consejo de Estado² ha advertido al respecto que:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce³, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁴, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁵, y, que excepto las

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2000, Radicado Nro. 12244 – Contractual. Demandante: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: la Nación - Ministerio de Comunicaciones, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

³ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁴ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁵ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁶.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁷, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

*En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: **a**) El objeto (una decisión); **b**) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); **c**) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); **d**) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y **e**) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde una perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”.*

El acto demandado cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Marco Jurisprudencial

Sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16, fechada el 25 de agosto de 2.016, radicado CE-SUJ2 85001-33-33-002-2013-00060-01, número interno 3420-2015, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Tema: Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados voluntarios y que se incorporaron como soldados profesionales, en aplicación del inciso segundo del artículo 1° del Decreto reglamentario 1.794 de 2.000.

Sentencia que fue aclarada con auto de fecha 6 de octubre de 2.016, en cuanto a los numerales 4 y 7 de la parte resolutive.

De la transición de soldado voluntario a profesional.

Sea lo primero precisar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Política de 1.991, la Fuerza Pública se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

⁶ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁷ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

El artículo 217 *ibidem*, establece que las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula el asunto en litigio, en tanto que el actor laboró en el Ejército Nacional, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

La **Ley 131 de 1.985** “*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, dispuso:

“(…)

Artículo 2. *Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan (...).*

“Artículo 4. *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.”*

Se estableció entonces, mediante la citada ley, el servicio militar voluntario para quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaran su intención de prestar el servicio militar voluntario y fueran aceptados para tal efecto, señalándose para estos una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

Posteriormente y con el propósito de profesionalizar a todos los soldados que agrupan las Fuerzas Militares del país, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1.793 del año 2.000**, “*mediante el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”, normativa que definió quienes eran soldados profesionales, estableciendo su sistema de incorporación, los requisitos para la incorporación e instituyendo además un régimen de transición, para aquellos soldados que fueron vinculados mediante la Ley 131 de 1.985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2.000, y que expresaran su intención de incorporarse como profesionales, a quienes se les aplicaría íntegramente lo dispuesto en dicho decreto, pero respetándoseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen.

Se citan en lo pertinente las siguientes preceptivas:

“Artículo 1. Soldados profesionales. *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 (...).”*

(…)

“Artículo 38. Régimen salarial y prestacional. *El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”*

(…)

*“Artículo 42. **Ámbito de aplicación.** 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.”*

Como se advierte, se difirió en cabeza del Gobierno Nacional la tarea de expedir el régimen salarial y prestacional del soldado profesional con base en lo dispuesto en la Ley 4ª de 1.992, sin desmejorar los derechos adquiridos. De igual manera, se dispuso la aplicación del mismo tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con la Ley 131 de 1.985 como a los nuevos soldados profesionales.

Del régimen salarial y prestacional aplicable a quienes a 31 de diciembre de 2.000 fungían como soldados voluntarios.

En desarrollo del artículo 38 citado en el apartado anterior y de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1.992, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1.794 de 2.000** por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, norma que en su artículo 1º preceptuó sobre la asignación salarial mensual, 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%).” Resaltado del Despacho.

De lo anterior se concluye que, a diferencia de lo dispuesto para los soldados profesionales que se vincularan a partir del 1º de enero de 2.001, los cuales devengarían un salario mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en el 40% del mismo salario, los soldados que fungían como voluntarios antes del 31 de diciembre de 2.000, por virtud de una transición legal y la prerrogativa de incorporación en ella establecida, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

De suerte que, ante una petición de reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% dejada de pagar por la entidad castrense a quien demuestra que ingresó a las filas del Ejército Nacional en calidad de “soldado voluntario” antes del 30 de diciembre del año 2.000 e incorporado como profesional con ocasión de la expedición del multicitado Decreto 1.794 de 2.000, lo propio es su cancelación, en aras de no menoscabar su derecho adquirido y el principio de progresividad que rige en materia salarial y prestacional.

Reglas jurisprudenciales de unificación sobre el derecho que les asiste a los soldados voluntarios hoy profesionales a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

El Consejo de Estado en sentencia proferida el 25 de agosto de 2016⁸ y con fundamento en el artículo 271 del C. de P.A. de lo C.A., asumió la competencia con

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, Radicado: CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno

la finalidad no solamente de proferir sentencia de segunda instancia para el caso concreto, sino esencialmente para emitir la respectiva sentencia de unificación jurisprudencial sobre el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados voluntarios y que luego se incorporaron como profesionales, fijando 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, 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, 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, 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 101 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.”.

De la pensión de Invalidez para los soldados de la Fuerza Pública.

En desarrollo de la Ley 923 de 2.004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 4.433 de 2004, por medio de la cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el cual en su artículo 4 dispuso que regularía el régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares, los derechos a las prestaciones económicas periódicas de quienes prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública, lo que comprende la asignación de retiro, la pensión de invalidez y su sustitución, así como la pensión de sobrevivencia.

De igual manera, en el su artículo 30 reglamentó lo atinente al reconocimiento de la pensión de invalidez para, entre otros, los soldados de las Fuerzas Militares disponiendo lo relativo al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, así como determinadas disposiciones sobre el porcentaje del reconocimiento de la pensión de invalidez al porcentaje de la incapacidad teniendo en cuenta factores como la causa de la misma y las circunstancias de las que se deriva su origen, sea en combate o actos meritorios de servicio.

En cuanto a las partidas computables de la pensión de invalidez, el artículo 13 del Decreto 4.433 de 2.004, dispone que la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así, para el caso de los soldados profesionales:

“(…)

13.2 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.

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.” (subraya fuera del texto).*

Obsérvese que dentro del precitado artículo se menciona que tanto la asignación de retiro como la pensión de invalidez, y las demás prestaciones allí mencionadas, en el caso de los soldados profesionales, tendrían como partidas computables para su liquidación: el salario mensual y la prima de antigüedad.

Ahora bien, como se mencionó líneas arriba, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 agosto de 2016, abordó el problema jurídico del régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, se generó inquietud sobre el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4.433 de 2.004, en tanto menciona que la partida computable del salario mensual será tenido en cuenta en los términos del inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1.794 de 2.000, sin hacer referencia al derecho de quienes al 31 de diciembre de 2.000 estaban vinculados como soldados voluntarios, prescrito en el inciso 2° del mismo artículo.

Dicha cuestión, referente a las partidas de liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia de los soldados voluntarios que se incorporaron como soldados profesionales, puede ser resuelta con lo establecido por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁹, tal como se pasará a explicar a continuación.

De la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia de los soldados voluntarios que se incorporaron como soldados profesionales.

Sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 015/19, fechada el 25 de abril de 2019, radicado CE-SUJ2 85001-33-33-002-2013-0002370-01, número interno 1701-2016, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Tema: Partidas de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Para dirimir tal cuestión, la Corporación acudió al artículo 18 del Decreto 4.433 de 2.004, que regula los aportes que los soldados profesionales en servicio activo deben efectuar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para concluir que como dichos aportes se constituyen finalmente en las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro (salario mensual y la prima de antigüedad), el salario mensual sobre el que se realizan los aportes y que debe tenerse en cuenta como partida computable para la liquidación corresponde a lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1.794 de 2.000, así:

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, Radicado: CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015, Demandante: Benicio Antonio Cruz, Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

“(…)

4. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

4.1. La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4.2. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

(…)”

De la prescripción del reajuste de la pensión de invalidez de los soldados voluntarios que se incorporaron como soldados profesionales.

Sea lo primero mencionar que la pensión constituye una prestación económica social que posee el carácter de imprescriptible, de ahí que el interesado pueda solicitar el reconocimiento o reliquidación de su derecho en cualquier tiempo, sin embargo, no se debe desconocer que el término de prescripción como modo de extinguir obligaciones, aplica respecto de los créditos o mesadas pensionales, siendo lo imprescriptible únicamente el derecho y no así las mesadas pensionales.

Ahora bien, en lo que se refiere a la prescripción del reajuste de la pensión de invalidez en el régimen especial de la Fuerza Pública, se tiene que el artículo 43 del Decreto reglamentario 4.433 de 2.004, indica que el término de la prescripción de las mesadas de las pensiones previstas en el decreto debía ser de tres años, y que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpía la prescripción, por un lapso igual.

No obstante, la multicitada sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016¹⁰, que decantó el tema del reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados voluntarios que se incorporaron como soldados profesionales, en su momento expresó que debido a que dicha providencia no era constitutiva del derecho a reclamar el reajuste en mención, ese trámite, tanto en sede gubernativa como judicial, debía atener a las reglas que sobre prescripción de

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, Radicado: CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015, Demandante: Benicio Antonio Cruz, Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

derechos contemplaban los artículos 10¹¹ y 174¹² de los Decretos 2.728 de 1.986¹³ y 1.211 de 1.990¹⁴ respectivamente, es decir, la prescripción cuatrienal.

Lo anterior, argumentando que el artículo 43 del Decreto 4.433 de 2.004 debía inobservarse por vulneración del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, al haberse pronunciado sobre un tema que sobrepasaba los límites de las potestades reglamentarias e implicaba una invasión al campo del legislador pues la Ley 923 de 2.004, -norma que el Presidente de la República estaba llamado a reglamentar en virtud de las facultades del literal e) del numeral 19 del artículo 150 constitucional-, no desarrolló el tema de la prescripción.

No obstante, en pronunciamiento posterior del 10 de octubre de 2.019¹⁵, la anterior postura cambió y el Consejo de Estado al pronunciarse en demanda de nulidad presentada en contra el artículo 43 del Decreto 4.433 de 2004, indicó que:

“101. (...) al verificarse que a través de un decreto expedido en desarrollo de una ley marco es posible modificar una norma con jerarquía de ley, en las materias objeto de aquella, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado, es dable concluir que el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 no fue expedido con vulneración del numeral 11 del artículo 189, puesto que para su emisión el Ejecutivo se fundamentó en la competencia de que trata el numeral 19, literal e), del artículo 150 de la Constitución Política, esto es, en desarrollo de la función de expedir el régimen prestacional de la Fuerza Pública con arreglo a lo previsto por la Ley Marco 923 de 2004, que admite la regulación de los elementos accidentales del régimen que tal decreto define, tales como la prescripción; facultad que tiene unos parámetros distintos a la invocada como desconocida, esto es, a la prevista en el numeral 11 del artículo 189 Superior.

102. Ahora, aunque se admitiera el argumento según el cual la ley debía conferirle al Gobierno Nacional una potestad específica para pronunciarse en relación con el tema de la prescripción de los derechos que regularía a través de la norma que la desarrollara, también debería tenerse en cuenta que la disposición en virtud de la cual fueron expedidos los artículos 174, 155 y 113 de los Decretos Ley 1211, 1212 y 1213 de 1990, esto es, la Ley 66 del 11 de diciembre de 1989[61], tampoco se refirió puntualmente acerca de la prescripción, pese a que se trataba del ejercicio de una facultad restringida por la norma habilitante[62], según se desprende del artículo 76[63] de la Constitución Política de 1886, vigente para la época.

103. En esas condiciones, en el asunto que ocupa la atención de la Sección, al tratarse de una facultad que goza de una potestad de configuración de mayor alcance por parte del

¹¹ Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.

¹² Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 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 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹³ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares.

¹⁴ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencias del 10 de octubre de 2019, Radicados: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) Acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015) y aclaración en el radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Ejecutivo dentro del orden normativo impuesto por la Constitución Política de 1991, se queda sin fundamento el argumento que dio sustento a otras decisiones de las subsecciones en el sentido de inaplicar la regla de prescripción trienal contenida en el Decreto 4433 de 2004.”

Así, tras observar a la luz de la Sentencia C-662 de 2.004, mediante la cual la Corte Constitucional se refiere a la libertad de configuración del legislador en materia procesal y a los aspectos que debe observar la competencia normativa del legislador para estar acorde a la Constitución Política, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa concluyó que el término de prescripción consagrado en el artículo 43 del Decreto 4.433 de 2.004 no vulneraba la carta, y expuso:

11. Ahora bien, al revisar el término de prescripción trienal señalado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 se observa que este cumple con los parámetros de validez normativa en materia procesal, definidos anteriormente, dado que: i) No vulnera los principios, los criterios, los objetivos o los mínimos previstos en la Ley 923 de 2004; ii) atiende los principios y fines esenciales del Estado; iii) permite la realización material de los derechos sustanciales que el régimen pensional y de asignación de retiro consagra[68]; iv) no vulnera derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública; v) la medida tiene un fin legítimo y constitucionalmente válido, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1994, vi) no se observa que la misma desborde los principios de razonabilidad y proporcionalidad[69], máxime si se tiene en cuenta que la prescripción trienal es la regla general en materia laboral y ese término ha sido considerado válido por el máximo Tribunal Constitucional[70].”

De manera que, en la actualidad el término de prescripción trienal contenido en el artículo 43 del Decreto 4.433 de 2004, mantiene su presunción de legalidad, pues de conformidad con el análisis realizado, la norma en comento fue expedida acorde con la competencia del Gobierno Nacional para reglamentar la Ley 923 de 2.004 y, por ende, no hay razón para inaplicar tal término¹⁶.

Hechos probados

- El señor **Wilson Avilés Cardozo** ingresó al Ejército Nacional desde el 14 de noviembre de 1.997 al 15 de mayo de 1.999 como soldado regular de servicio militar obligatorio voluntario, luego fungió como soldado voluntario desde el 19 de mayo de 1.999 al 31 de octubre de 2.003; y finalmente, se desempeñó como soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2.003 al 5 de mayo de 2.010, prestando sus servicios al Ejército Nacional durante 12 años, 7 meses y 17 días (expediente digital, archivo 3, fl. 23).
- Mediante Resolución Nro. 122402 del 12 de septiembre de 2.010, el Ministerio de Defensa reconoció y ordenó el pago de prestaciones sociales al señor Wilson Avilés Cardozo, por el lapso del 1 de noviembre de 2.003 al 5 de julio de 2.010 por valor de \$6.624.688 (expediente digital, archivo 3, fls. 19 a 22).
- Por Resolución Nro. 1283 del 28 de noviembre de 2.010, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de invalidez al demandante, a partir del 5 de julio de 2.010 en cuantía de \$515.000, adicionada en un 58.5% de la prima de antigüedad (expediente digital, archivo 3, fls.16 a 17).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de febrero de 2021, Radicado: 11001-03-25-000-2017-00240-00(1277-17), C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

- De la hoja de servicios Nro. 3-14192058 del 6 de agosto de 2.010, se evidencia que el señor Wilson Avilés Cardozo devengó en su último año de servicio la suma de (\$721.000) por concepto de sueldo básico y la prima de antigüedad en porcentaje del 58.50% equivalente a \$421.785 (expediente digital, archivo 12, fls. 3 a 5).
- Por petición del 28 de abril de 2.021, el demandante solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su pensión de invalidez con incremento del 20% del sueldo básico devengado como soldado profesional, que ingresó a la institución en calidad de soldado voluntario y de las partidas computables tenidas en cuenta en la liquidación de tal prestación, por indebida aplicación del Decreto 1.794 de 2.000 (expediente digital, archivo 3, fls. 13 a 15).
- Mediante oficio Nro. 2021317001574081 del 3 de agosto de 2.021, la Sección Nómina del Ejército Nacional negó el reconocimiento prestacional pretendido por el demandante (expediente digital, archivo 3, fl. 12).

Caso concreto

Resulta indiscutible que lo que procura la parte actora, no es otra cosa que la aplicación del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1.794 de 2.000, para así lograr el reajuste y pago de su pensión de invalidez con el incremento equivalente al 20% en la partida computable del sueldo básico, por ser beneficiario de los derechos adquiridos con la Ley 131 de 1.985 (**asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%**), pretensión que de conformidad con el marco normativo fijado líneas atrás, y atendiendo especialmente a las reglas jurisprudenciales contenidas en las sentencias de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016 y 25 de abril de 2019, resulta procedente por las siguientes razones:

Está acreditado en el proceso que el señor **Wilson Avilés Cardozo** prestó sus servicios a favor del Ejército Nacional como: i) soldado regular del 14 de noviembre de 1.997 al 15 de mayo de 1.999, ii) soldado voluntario desde 19 de mayo de 1.999 al 31 de octubre de 2.003 y iii) soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2.003 al 5 de mayo de 2.010, prestando sus servicios al Ejército Nacional durante 12 años, 7 meses y 17 días (expediente digital, archivo 3, fl.23).

De acuerdo con lo anterior, el tránsito del demandante de soldado regular a soldado profesional, está regulado por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1.794 de 2.000, toda vez que al 31 de diciembre de 2.000, fungía como soldado voluntario, por lo que en cumplimiento de las reglas de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de lo establecido en tal disposición, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a dicha fecha se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1.985, era de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

No obstante, conformidad con la Resolución Nro. 122402 del 12 de septiembre de 2.011, por la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales al soldado profesional Wilson Avilés Cardozo, para el año en el que el demandante hizo tránsito a soldado profesional, esto es el 2.003, y durante los años subsiguientes, su sueldo básico disminuyó en un 20% así:

Año	Salario mínimo por año	Sueldo básico devengado (40%)	Sueldo básico actualizado (60%)
2003	332.000	464.800	531.200
2004	358.000	501.200	572.800
2005	381.500	534.100	610.400
2006	408.000	571.200	652.800
2007	433.700	607.180	693.920
2008	461.500	646.100	738.400
2009	496.900	695.660	795.040
2010	515.000	721.000	824.000

En este orden de ideas, al encontrarse acreditado que el demandante ingresó al servicio del Ejército Nacional como soldado voluntario y posteriormente, fungió como soldado profesional, el Despacho advierte que el régimen salarial aplicable era el contenido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1.794 de 2.000, motivo por el cual el actor tenía derecho a percibir como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%; pese a lo anterior, la entidad nominadora para aquella época - Ejército Nacional, liquidaba su asignación básica en los términos del inciso 1º de la aludida normativa, desconociendo el régimen de transición a favor del demandante.

Ahora bien, se encuentra probado que a través de la Resolución Nro. 1283 del 28 de noviembre de 2.010, el Ministerio de Defensa Nacional recoció y ordenó el pago de pensión mensual de invalidez a favor del exsoldado profesional Wilson Avilés Cardozo a partir del 5 de julio de 2.010, en cuantía de \$515.000, correspondiente al salario mínimo mensual legal para el año 2.010 (expediente digital, archivo 3, fls. 16 y 17).

Así mismo, al momento de liquidar la pensión de invalidez del señor Wilson Avilés Cardozo, la entidad demandada estableció que el reconocimiento y pago de la pensión se reajustaría conforme lo prevé la ley, en cuantía equivalente al 50% de las partidas de: sueldo básico por valor de \$721.000 y prima de antigüedad por valor de \$162.387, esta última concerniente al 58,5% por 12 años de servicio prestado en calidad de soldado voluntario y profesional, que en virtud de lo previsto en el artículo 13 del Decreto 4.433 de 2.004 que corresponde el 38,5% del valor que devengaba en actividad (expediente digital, archivo 3, fls. 16).

Lo anterior concuerda con la hoja de servicios Nro. 3-14192058 del 6 de agosto de 2.010, donde se evidencia que el señor Wilson Avilés Cardozo devengó en su último año de servicio la suma de \$721.000 por concepto de sueldo básico y la prima de antigüedad en porcentaje del 58.50% equivalente a \$421.785 (expediente digital, archivo 12, fls. 3 a 5).

Es decir, que pese a que el demandante al cumplir con los requisitos establecidos en términos de la transición de soldado voluntario a soldado profesional, tenía derecho al reconocimiento y pago de la diferencia equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como soldado voluntario y con posterioridad como soldado profesional, a partir de la fecha de su incorporación como tal, esto es al 1º de

Sentencia de Primera Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00174-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilson Avilés Cardozo
Demandado: Nación - Ministerio de Defensas - Ejército Nacional

noviembre de 2003, la entidad demandada liquidó su pensión de invalidez tomando como partida de sueldo básico un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en 40% del mismo salario, y no en un 60%, como era debido.

Ahora bien, se tiene que, por medio de petición del **28 de abril de 2021**, el demandante solicitó a la entidad demandada la reliquidación y reajuste de su pensión de invalidez teniendo en cuenta el incremento del 20% de la partida computable del sueldo básico, desde el 1° de noviembre de 2003, fecha en que fue incorporado como soldado profesional (expediente digital, archivo 3, fls. 13 a 15).

No obstante, mediante **oficio Nro. 2021317001574081 MDN-COGFM-COEJC SECEJ-JEMGF-COPER-IPER1.10 el 3 de agosto de 2021**, expedido por el Teniente Coronel Erwin Edgardo Suarez Rojas, la entidad demandada denegó el reconocimiento solicitado, indicando que de conformidad con lo establecido en el numeral 7 de la sentencia de unificación jurisprudencial No. CE-SUJ2 No. 003/16 del 25 de agosto de 2016, los emolumentos requeridos durante su periodo activo en la institución se encontraban prescritos (expediente digital, archivo 3, fl. 12).

En relación con la prescripción extintiva de los derechos laborales, según el concepto bajo litigio: salarios, prestaciones sociales, pensiones, entre otros, se ha sostenido que al tratarse de emolumentos periódicos la reliquidación de salario y prestaciones sociales puede solicitarse en cualquier momento mientras subsista la relación de trabajo, pero que, una vez culminado el vínculo laboral, dichas asignaciones se tornan definitivas, por lo que su reajuste se somete a los términos de prescripción correspondiente.

Así las cosas, por tratarse de derechos de naturaleza periódica, se ha entendido que la reliquidación de pensiones se puede pedir en cualquier tiempo, es decir, que el reajuste de la pensión de invalidez escapa al fenómeno de la prescripción extintiva, sin perjuicio de que el operador pueda declarar la extinción del derecho a percibir el pago de las mesadas cuando su reclamo no se hubiera realizado oportunamente, así lo ha expresado la Corporación de cierre de esta Jurisdicción¹⁷:

“Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.”

Es decir, que como quiera que el reajuste de los emolumentos requeridos por el demandante, esto es, la base salarial, tiene incidencia directa en la liquidación de la pensión de invalidez, y lo que se pretende es la reliquidación de la misma, no puede alegarse por parte del Ejército Nacional la configuración de este fenómeno para negar el reconocimiento del incremento del 20% de la partida computable del sueldo básico de la **pensión de invalidez** en mención, pues tal y como se explicó, la pensión de invalidez por su carácter periódico tiene la connotación de imprescriptible.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER.

Sentencia de Primera Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00174-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilson Avilés Cardozo
Demandado: Nación - Ministerio de Defensas - Ejército Nacional

En ese orden de ideas, se declarará no probada la excepción propuesta por el Ejército Nacional denominada **ii. prescripción de derechos por inactividad injustificada del actor**, conforme las razones arriba expuestas.

Ahora bien, como quiera que lo imprescriptible únicamente es el derecho y no así las mesadas pensionales, cosa distinta es hablar del término de prescripción que debe aplicarse al reajuste de la pensión de invalidez del demandante como soldado voluntario que se incorporó como soldado profesional, respecto del cual, tal y como se explicó en el aparte del marco jurisprudencial, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo ya estableció su criterio de unificación al respecto.

Por lo tanto resulta pertinente destacar que pese a que la sentencia de unificación dictada el 25 de agosto de 2.016 por el Consejo de Estado¹⁸ permitió la aplicación de la prescripción cuatrienal contemplada en el Decreto 1.211 de 1.990, la aludida Corporación en pronunciamiento posterior, en sentencia del 10 de octubre de 2.019¹⁹, aclaró que en casos como el que ocupa la atención del Despacho, esto es, el reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se debe dar aplicación al término de prescripción contenido en el artículo 43 del Decreto 4.433 de 2.004, a cuyo tenor literal señala:

“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.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.”

Así las cosas, atendiendo a que el día **28 de abril de 2.021** el demandante presentó ante la entidad reclamación de reajuste y pago del 20% de la partida computable del sueldo básico de la mesadas causada por concepto de pensión de invalidez, es lógico afirmar que el fenómeno jurídico en comento ha operado en el presente caso, por lo menos en lo que tiene que ver con los reajustes que fueron causados pero no reclamados anteriores al **28 de abril de 2.018**, razón por la cual habrá de declararse parcialmente probada de oficio la prescripción de las mesadas en el presente asunto.

En ese orden de ideas, como quiera que al 31 de diciembre del 2.000 el demandante se encontraba vinculado como soldado voluntario y posteriormente fue incorporado como soldado profesional, su pensión de invalidez debía liquidarse conforme a la

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, Radicado: CE-SUJ2 85001-33-33-002-2013-00060-01, número interno 3420-2015, Demandante: Benicio Antonio Cruz, Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencias del 10 de octubre de 2019, Radicados: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) Acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015) y aclaración en el radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Sentencia de Primera Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00174-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilson Avilés Cardozo
Demandado: Nación - Ministerio de Defensas - Ejército Nacional

asignación a la que tenía derecho en servicio activo de acuerdo con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1.794 de 2.000, por lo que se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de invalidez que nos ocupa, con inclusión del sueldo básico equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (s.m.l.m.v.), incrementado en un 60% del mismo, conforme al inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1.794 de 2.000, observando lo expuesto respecto a la prescripción trienal arriba decantada.

De acuerdo con lo expuesto, al advertir este Despacho que no se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico el **oficio Nro. 2021317001574081 MDN-COGFM-COEJC SECEJ-JEMGF-COPER-IPER1.10 el 3 de agosto de 2.021**, expedido por el Teniente Coronel Erwin Edgardo Suarez Rojas, que negó el reajuste de la pensión mensual de invalidez percibida por el demandante tomando como base el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, se declarará no probada la excepción propuesta por la entidad demandada **i. legalidad del acto administrativo demandado**.

De acuerdo con lo expuesto, se declarará la nulidad del **oficio Nro. 2021317001574081 MDN-COGFM-COEJC SECEJ-JEMGF-COPER-IPER1.10 el 3 de agosto de 2.021**, expedido por el Teniente Coronel Erwin Edgardo Suarez Rojas.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, a reliquidar la pensión de invalidez devengada por el señor **Wilson Avilés Cardozo** desde el mes de abril de 2018 en adelante, teniendo como tal lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60, y reconocer y pagar los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja con lo percibido por el demandante.

Las sumas aquí ordenadas serán reajustadas conforme a los ajustes legales y actualizadas, mes por mes, desde la fecha en que se causó el derecho hasta el momento de la sentencia con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la diferencia insoluta, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el IPC certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Así mismo, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mes y concepto, en cuanto a su diferencia insoluta.

Bajo la anterior orientación, es menester declarar no probadas las excepciones propuestas por la apoderada judicial de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y que denominó **i. inexistencia de la obligación**” e **ii. inexistencia de medios probatorios que determinen ilegalidad en los actos administrativos demandados**.

Interés Moratorio.

Se reconocerá y pagará, siempre que concurren los supuestos de hecho del artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A.

Cumplimiento de la sentencia

Se atenderá conforme a las previsiones del artículo 192 *ibidem*, debiendo la parte demandante presentar la solicitud de pago correspondiente ante la entidad demandada.

Condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, a la parte demandada.

Ahora bien, el C.G. del P. sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado”.

Por su parte, el Acuerdo Nro. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.
- b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
- c. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L. V.”

Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada la suma de \$268.577 equivalentes al 4% de lo pedido

Sentencia de Primera Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00174-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilson Avilés Cardozo
Demandado: Nación - Ministerio de Defensas - Ejército Nacional

correspondientes a los últimos 3 años anteriores a la fecha de presentación de la demanda, suma que deberá ser incluida en las costas del proceso.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

Resuelve

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y que denominó *i. legalidad del acto administrativo demandado* y *ii. prescripción de derechos por inactividad injustificada del actor*, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del oficio Nro. 2021317001574081 MDN-COGFM-COEJC SECEJ-JEMGF-COPER-IPER1.10 el 3 de agosto de 2.021, suscrito por el Teniente Coronel Erwin Edgardo Suarez Rojas, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: Condenar a título de restablecimiento del derecho a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, a reliquidar la pensión de invalidez devengada por el señor **Wilson Avilés Cardozo** desde el mes de noviembre de 2003 en adelante, teniendo como partida computable de sueldo básico lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y reconocer y pagar los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja con lo percibido por el demandante.

CUARTO: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción, respecto de las sumas causadas con anterioridad al **28 de abril de 2.018**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. Para ello se fijan como agencias en derecho la suma de \$268.577 a favor de la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A.; igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

OCTAVO: Ordenar la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

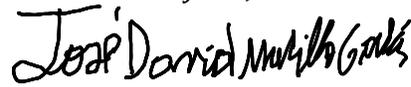
NOVENO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G. del P.

DÉCIMO: Una vez en firme la presente providencia, archívese el expediente.

Sentencia de Primera Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00174-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilson Avilés Cardozo
Demandado: Nación - Ministerio de Defensas - Ejército Nacional

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase²⁰.

El Juez,



José David Murillo Garcés

Firmado Por:

Jose David Murillo Garcés

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 005

Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **eaac224052517ba9d3297cbcf4a122936cd4f7e5dc37493b9dea65690431821c**

Documento generado en 30/03/2022 06:44:04 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

²⁰ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibague y de la misma manera fue firmada.