

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Tunja, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: LIZANDRO VALENCIA PEREZ
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICACIÓN: 2014- 00102

1.- ASUNTO.

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado, mediante apoderado, por LISANDRO VALENCIA PEREZ, en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.¹

2.- PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del acto administrativo N° 2013-36502 de fecha 12 de julio de 2013, proferido por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual le negó el reajuste de la asignación de retiro a favor del señor LISANDRO VALENCIA.

Que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento se condene a la entidad demandada a reliquidar la asignación de retiro tomando como base de liquidación la establecida en el artículo 4 de la Ley 131

¹ Flio 2

de 1985 y el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, esto es incrementando la asignación en un 60%.

Así mismo, solicita que el reajuste de la asignación de retiro se realice año a año, con lo nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada, aunado a que sobre las sumas adeudas se incorporen los ajustes de valor conforme al Índice de Precios al Consumidor, teniendo en cuenta el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Por otra parte, que se paguen los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, conforme lo estipulado en el artículo 192 y 195 del CPACA.²

3.- HECHOS.

Fundamenta su petición el actor en los siguientes hechos:

Indicó que, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional como soldado regular, luego fue incorporado como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985 y a partir del 01 de noviembre de 2003, por disposición administrativa del Comandante del Ejército Nacional, fue promovido como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro efectivo del servicio.

Señaló que, mediante el Decreto 1793 de 2000, el Gobierno Nacional creó dentro de su estructura de la Fuerza Pública los soldados profesionales con el fin del mantenimiento y restablecimiento del orden público. Añadió que, con la expedición del Decreto 1794 de 2004, por medio del cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales, fijó la asignación básica en un salario mínimo en un 40% del mismo salario.

Manifestó que, con el fin de mantener las condiciones salariales y garantizar los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se incorporan como soldados profesionales, en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 se dejó establecido en forma clara quienes tenían la condición de

² Flios 2 y 3

soldados voluntarios a 31 de diciembre de 2000, seguían percibiendo como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60%.

Adujo que, durante el tiempo que permaneció como soldado voluntario percibió la asignación básica mensual igual a un salario mínimo incrementado en un 60% del salario mínimo, el cual fue cancelado el 31 de octubre de 2003.

Explicó que, a partir del 1° de noviembre de 2003, fecha en la que obtuvo el status pensional de soldado profesional, como consecuencia de una interpretación equivocada de lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, le disminuyó la asignación básica.

Precisó que, la entidad demanda previo requisitos exigidos por el artículo 16 del Decreto 433 de 2004, la entidad demandada mediante la Resolución N° 463 de 2009, le reconoció la asignación de retiro como soldado profesional.

Finalmente adujo que, con fecha 24 de junio de 2013, elevó derecho de petición ante la entidad demandada a fin de que la asignación de retiro fuera liquidada teniendo como base el salario mínimo incrementado en un 60%; petición que fue resuelta de forma negativa, por medio del oficio N° 2013-36502³.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO.

Fundamenta su petición en las siguientes normas:

Los artículos 1,2,4,13,25,46,48,53 y 58 de la Constitución Nacional; Ley 31 de 1985, Ley 4° de 1992, Ley 923 de 2004, Decreto 1793 y 1794 de 2000.

El concepto de violación puede sintetizarse así:

Violación al derecho fundamental de igualdad.

³ Flios 3 y 4

Señalo, el derecho a la igualdad es uno de los principios fundantes del constitucionalismo moderno que incidió de manera directa en la estructuración del derecho laboral, el cual encuentra su sustento en los artículos 13 y 53 de la Constitución y en los convenios 111 y 95 de la OIT. De esta manera y en nuestro sentir, la reafirmación del principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley, tiene por objeto materializar en forma progresiva las condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades del desarrollo humano, en especial por las condiciones de vida pretendidas por los trabajadores con relación a las expectativas que desarrollan en sus actividades laborales.

Arguye, que cuando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el acto administrativo objeto de estudio, niega la liquidación de la asignación de retiro de acuerdo a la asignación básica de un salario mínimo incrementado en un 60% fijada en inciso segundo del artículo 10 del Decreto 1794 de 2000, omite el mandato constitucional² y legal que indica la obligatoriedad de tener en cuenta para determinar la mesada pensional los ingresos percibidos por el trabajador, comportamiento que no obedece un actuar razonable por parte de la Administración, generando con ello un trato discriminatorio y desigual que desvirtúa la adecuada aplicación de la Constitución Política con referencia al principio fundamental de la igualdad.

Explicó que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al efectuar las liquidaciones de la asignación de retiro tomando como base de liquidación una asignación más baja de la que le correspondía de acuerdo al inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000. Añadió que, al ser liquidada la asignación de retiro de los soldados profesionales por debajo de la establecida en los Decretos Reglamentarios, se está dando un tratamiento discriminatorio, en contradicción con el artículo 13 de la Constitución Nacional.

Derecho irrenunciable a la seguridad social (principio de progresividad).

Manifestó que, el principio de progresividad de los derechos sociales se encuentra previsto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, de manera que, en virtud del derecho mencionado existe una prohibición general de establecer medidas

regresivas en desconocimientos de las prerrogativas que se hayan logrado a en favor de los asociados.

Precisó que, atendiendo al mandato de la progresividad, permite deducir que una vez que el trabajador alcance determinados beneficios en cuanto a las prestaciones sociales se consolidan sobre éstas unas garantías y una protección constitucional para que no sean desmejoradas, toda vez que, lo contrario contradice los parámetros normativos consagrados por el Estado Colombiano.

Puntualizó que, en el caso concreto el hecho que hubiera optado por la condición de soldado profesional a partir de noviembre de 2003, esto no puede ser tomado como justificación para disminuir la asignación básica a un salario incrementado en un 40%, afectando el mínimo vital.

Principio de favorabilidad laboral/principio in dubio prooperario.

Seguidamente hace un recuento del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, y hace transcripción parciales de la sentencia C-862 de fecha 19 de octubre de 2006, proferida por la H. Corte Constitucional, concluyendo que, la entidad demandada debió empelar de manera favorable, es decir tomando como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario, en aplicación del principio de favorabilidad.

De los derechos adquiridos

Adujo que, el artículo 58 de la Norma Superior garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos, de manera que, para el caso de los soldados profesionales, no se le podrá desconocer sus derechos adquiridos como consecuencia de un tránsito de legislación, pues esto contradice el mandato constitucional de los derechos adquiridos, progresividad y la favorabilidad con que deben ser aplicadas e interpretadas las Leyes, generando una omisión de los mandatos impuestos por el Legislador primario y una aplicación arbitraria del derecho que deslegitima desde cualquier punto de vista el Estado Social de Derecho.

Indicó que, los soldados profesionales que ingresaron a la Fuerza Pública antes del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que le se les cancele y se tenga en cuenta como base de liquidación en el reconocimiento de sus asignaciones de retiro de conformidad con el Decreto 1794 de 2000.

Primacía de la norma Constitucional

Indica que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha planteado, que al aplicar lo estipulado en el artículo 4° de la Constitución Política de Colombia, Se erige a la misma como el marco supremo y delimitador que determina la validez de la totalidad de las normas en el ordenamiento jurídico, quedando la Constitución como la norma de normas con carácter obligatorio tanto como para los particulares como para las autoridades y con el mismo deber de obediencia que permita el respeto de la supremacía constitucional y por ende la del Estado Social de Derecho.

Explica, que la Caja de Retiro aquí demandada, en el momento de liquidar las asignaciones de retiro con relación a los soldados profesionales, toma lo dispuesto en el artículo 13.2.1 del decreto 4433 de 2000, el "cual fija la base de liquidación de la mesada pensional" de los soldados de la Fuerza Pública, y sobre esta liquida las asignaciones de retiro, sin detenerse a analizar si el porcentaje tenido en cuenta obedece a lo establecido en la norma, desconociendo que dentro del mismo grupo de soldados profesionales existe una diferencia en la asignación mensual dependiendo de la fecha de ingreso a la Fuerza Pública, esto es , que para los soldados que se incorporaron antes del 31 de diciembre de 2000 de conformidad con la ley 131 y el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000 la asignación mensual es de un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, y para los soldados profesionales que ingresaron después del 01 de enero del 2001 es el salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario, aspecto que la Caja de Retiro no ha tenido en cuenta en la liquidación de las asignaciones de retiro.

Finalmente hace transcripción parcial de la sentencia de fecha 04 de septiembre de 2008, proferida por el Consejo de Estado, con Ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, por medio de la cual se aplicó la excepción de

inconstitucionalidad del artículo 43 del Decreto 443 de 2004, por considerar que el ejecutivo se extralimitó en la potestad reglamentaria, de manera que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe inaplicar el artículo 13.2.1 del Decreto 1794 de 2000, tal y como lo ordenan los postulados Constitucionales y en aplicación del principio de favorabilidad.

Falsa Motivación

Aduce, que La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en la motivación del acto administrativo que se demanda, incurrió en causal de FALSA MOTIVACION, al no existir correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se aducen para negar a mi poderdante las peticiones solicitadas, lo que es motivo de nulidad (Art. 138 CPACA.); además quebrantó las disposiciones de jerarquía superior normativa.

Agrega, que se incurrió en falsa motivación, en este caso por la aplicación incorrecta de los métodos de interpretación normativa o por la falta de conexidad entre los argumentos esbozados en el acto administrativo y la solicitud presentada a la administración; en esta demanda se ha podido dejar muy claro, los postulados normativos y de interpretación jurisprudencial y doctrinarios respecto del porcentaje en que debe incrementarse la asignación de retiro de mi poderdante, erróneamente interpretado por la parte demandada; que la demandada, para negar las pretensiones ha hecho una incorrecta aplicación del decreto 4433 de 2004, toda vez que la ley 131 de 1985 y el decreto 1794 de 2000. Cita diferentes sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

5. ALEGACIONES.

Contestación de la demanda: la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por intermedio de su apoderada judicial dio contestación a la demanda⁴, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y propuso como medios exceptivos los que denominó: "Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de retiro de las Retiro de las Fuerzas Militares", " Inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste de lo solicitado", y , "No configuración de

⁴ Follos 63-65

falsa motivación en las actuación de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares”.

La primera de ellas bajo el argumento que, en desarrollo de los preceptos constitucionales se han proferido diferentes disposiciones legales, por los cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y sub oficiales de las Fuerzas Militares, entre los cuales están los Decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984, 1211 de 1990, 2070 de 2003, normas de carácter especial que priman sobre las generales.

En cuanto al medio exceptivo denominado Inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste de lo solicitado, argumentó que, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, que determina solo el incremento del 40%. Añadió que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de oficiales, Sub Oficiales y soldados profesionales, para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la una hoja de servicios, documento que se constituye en la pieza idónea e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la entidad.

Indicó que, de acuerdo a la hoja de servicios del demandante, expedida por el Ministerio de Defensa, se encuentran las partidas computables prestaciones unitarias, donde se enuncia el sueldo básico y la prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004.

Finalmente en cuanto a la excepción denominada no configuración de falsa motivación en las actuación de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, manifestó que, el acto administrativo acusado no se encuentra viciado de falsa motivación, dado que este fue expedido con total apego a la Ley y basa su argumento haciendo transcripción parcial de la sentencia de fecha 19 de marzo de 1998, proferida por el H. Consejo de Estado, para concluir que las suplicas de la demanda se deben negar. (fls. 63-65)

En las **alegaciones finales**, la parte demandante⁵, reitero los argumentos de la demanda, allegando copia de providencia del Consejo de Estado proferida dentro de una acción de tutela.

Por otra parte, tanto la entidad demandada como el Ministerio público guardaron silencio.⁶

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes:

6. CONSIDERACIONES:

6.1. El problema jurídico por resolver

El presente asunto se contrae a determinar si se encuentra afectado de nulidad el acto contenido en el oficio No 2013-36502 de fecha 12 de junio de 2013, y si es procedente ajustar el salario del actor - como soldado profesional, es decir a que se le reconozca y pague la diferencia del 20% de lo devengado como soldado voluntario (bonificación mensual) y el salario percibido como soldado profesional.

6.2. Hechos Probados

Se probó, que el actor elevó derecho de petición ante la entidad demandada consecutivo número N° 20130052941 de fecha 24 de junio de 2013⁷; Hoja de Servicios del soldado profesional LISANDRO VALENCIA PEREZ⁸

Se allegó, certificación No. 380, fechada 9 de julio de 2013, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.⁹

⁵ Flio 137-152

⁶ Flio 153

⁷ Flios. 33-35

⁸ Flios. 37-38

⁹ Flio. 42

Se evidencio, que mediante Resolución N° 463 del 09 de marzo de 2009, se le reconoce la asignación de retiro al soldado profesional LISANDRO VALENCIA PEREZ¹⁰.

Se acredito, que el actor solicito en derecho de petición a lo siguiente:¹¹

- “1. Se ordene a quien corresponda la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro, que le fue reconocida mediante Resolución expedida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tomando como base de liquidación la asignación establecida en el Inciso segundo (2) del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (Salario mínimo Incrementado en un 60% del mismo salario).
2. El reajuste de la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada el literal anterior
3. El pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a, la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado (...)”

Se probó, la entidad demandada da respuesta a la petición radicada No. 52941 del 24 de junio de 2013, que mediante Oficio No. 320, consecutivo 2013-36502 de fecha 12 de Julio de 2013, expedido por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares señalando:

“(...)

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es **un establecimiento público del orden nacional**, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional y como tal, su actuación está sometida por mandato constitucional al principio de legalidad, ello quiere decir que sus actuaciones deben ser sujetas a las disposiciones legales y al orden constitucional por supuesto, ello quiere decir que no pueden ser interpretadas al arbitrio de los funcionarios que la conforman.

La función de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es **reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares** y la sustitución pensional a sus beneficiarios, los cuales se hacen de conformidad con la normatividad vigente para tal fin

“(...)

Así mismo es claro que la Entidad reconoce y paga la prestación con base en la información contenida en la hoja de servicio en cada caso y en la cual se evidencia que el salario básico tomado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para la liquidación de la asignación de retiro, corresponde al que su poderdante venia devengando en actividad

“(...)

Por las razones anteriormente expuestas, le indico que la Entidad no atiende favorablemente su solicitud de reajuste de la asignación de retiro, ni incluir factores no previstos en la ley, teniendo en cuenta que el régimen prestacional de las Fuerzas Militares para los soldados e infantes de marina profesionales que pasan al retiro, no ha sido modificado ni derogado, razón por la cual está Caja de

¹⁰ Flios 39-41

¹¹ Flios 33-35

Retiro de las Fuerzas Militares por su misión y naturaleza seguirá dando aplicación estricta a lo dispuesto en la normatividad dispuesta para ese fin, salvo disposición legal o judicial en contrario”¹²

6.3. De las excepciones

Previo a pronunciarse sobre el fondo del asunto el despacho se referirá a los argumentos exceptivos formulados en la contestación de la demanda así:

Atendiendo al fundamento de la excepción propuesta por la apoderada de la entidad demandada la que denomina: Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Retiro de las Fuerzas Militares, inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste de lo solicitado, y no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares¹³, es evidente que en la forma como han sido propuestas, no pretenden enervar la acción, sino que se trata de verdaderos argumentos de la defensa, en tanto se dirigen a desvirtuar los hechos de la demanda.

Por ser estos argumentos defensivos que no enervan la pretensión, estos medios exceptivos propuestos serán resueltos con el fondo del asunto.

6.4.- ANALISIS DEL CASO

6.4.1.- Marco Normativo

La Constitución Política de 1991, al referirse a las Fuerzas Militares establece lo siguiente:

“ARTICULO 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

¹² Flios 36

¹³ Flios 43, 47-52

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

ARTICULO 220. *Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley."*

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual "se dictan normas sobre servicio militar voluntario", en los artículos 1, 2 y 3 estableció:

"ARTÍCULO 1o. *Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.*

ARTÍCULO 2o. *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.*

PARÁGRAFO 1o. *El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.*

PARÁGRAFO 2o. *La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.*

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."*

El artículo 4 de la citada ley consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma.

El **Decreto 1793 de 2000**, por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, señaló:

"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 3. INCORPORACION. La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de la fuerza y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.”

“ARTÍCULO 5. ...

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.”

“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”. (Negrilla del Despacho).

Con la entrada en vigencia de dicho Decreto se dejó establecido que el Gobierno Nacional expediría el régimen salarial y prestacional del soldado profesional con base en lo dispuesto en la Ley 4° de 1992, y dispuso la aplicación del mismo, tanto a los Soldados Voluntarios que se incorporaron de conformidad con La ley 131 de 1985, como a los nuevos Soldados Profesionales.

Posteriormente, se expidió el **Decreto 1794 de 2000** “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, cuyas disposiciones en los pertinente señalan:

“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 cierto (60%).

“ARTÍCULO 2.

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 la 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 Fuera del Texto).

Se infiere entonces, que los soldados voluntarios incorporados bajo esta modalidad en vigencia de la Ley 131 de 1985, y antes del 31 de diciembre de 2000, en virtud del Decreto 1973 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 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%)

Ahora bien, con la expedición de la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, "Por medio del cual se fija el régimen pensiona y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", norma que, respecto a la asignación de retiro para soldados profesionales, dispuso:

"Artículo 2º. *Garantía de los derechos adquiridos.* Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.(...)

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. " (Resallado fuera de texto)

Es preciso indicar, que dada la remisión de la normativa referida, el numeral 13.2.1., del Mencionado Decreto establece:

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

(...)

13.2 Soldados Profesionales.

*13 2. **Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.** " (Negrillas del Despacho)*

Al respecto el Tribunal Administrativo de Boyacá con ponencia de la Doctora Clara Elisa Cifuentes, dentro del medio de control N° 15693333-001-2012-00140, de fecha 29 de julio de 2015, señaló:

"Finalmente, se agrega que al no haber manifestado su voluntad de incorporarse como soldado profesional antes del 31 de diciembre de 2000, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 50 del Decreto 1793 de 2000, el demandante continuó devengando el salario que la Ley 131 de 1985 había establecido para los soldados voluntarios, situación que cambió con la posterior incorporación como soldado profesional, puesto que, para ese momento, ya le eran aplicables las disposiciones contenidas en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y en el Decreto 4433 de 2000"

Emerge de la normativa expuesta, que para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, deben tenerse en cuenta las partidas computables que el artículo 13 del mismo Decreto ha dispuesto para tal fin, de manea que, la asignación salarial que sirve de base para liquidar es la señalada en el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

La Constitución Política, en el artículo 53, señala que la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores, estableciendo:

"ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sede de tutela ha ordenado reconocer y pagar el reajuste salarial reclamado - en aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, (Esta tesis ha sido reiterada por esta Sección en sentencias de tutela de 16 de marzo de 2015. Rad. 11001- 03-15-000-2014-02434-01 M.P. Gerardo Arenas Monsalve y de 24 de junio de 2015. Rad. 11001-03-15-000- 2015-01256-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.)

El Consejo de Estado¹⁴, frente a las solicitudes de al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como Soldado, señalo:

“En efecto, las referidas disposiciones distinguen claramente que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1974 de 2000 el personal de “varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas Militares” gozaría de la condición de Soldados Profesionales. Sin embargo, precisó que unos se vinculaban por primera vez al servicio de las Fuerzas Militares, esto es, a partir del 31 diciembre de 2000 y otros, ya venían vinculados, en condición de Soldados Voluntarios, atribuyéndole efectos distintos en materia salarial a unos y otros.

En relación con el primer grupo, a saber, quienes se vinculaban a partir del 31 de diciembre de 2000, dispuso la norma que, tendrían derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como Soldados Voluntarios se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

*Bajo este supuesto, a juicio de la Sala las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985.
(...)*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Seis (6) de agosto de dos mil quince (2015). Radicación número: 66001-23-33-000-2012-00128-01 (3583-13).

En este punto, debe decir la Sala que la aplicación de las disposiciones previstas en el Decreto 1794 de 2000, en lo que toca con el incremento del 60% de los soldados Profesionales incorporados, no ha sido pacífica en sede administrativa toda vez que, como ocurre en el caso concreto, las Fuerzas Militares han argumentado que los referidos Soldados no tienen derecho al percibir el incremento en un porcentaje igual al 60% dado, que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas militares gozan de una serie de prestaciones que con anterioridad no les eran reconocidas lo que en la práctica compensa la reducción al 40% del citado incremento.”

6.4.2.- CASO EN CONCRETO

Se encuentra probado dentro del proceso que, el demandante tiene el siguiente tiempo de servicio en el Ejército Nacional¹⁵:

- a) Soldador Regular: Desde el 14 de septiembre de 1988 a 30 de junio de 1990.
- b) Soldado Voluntario: Desde 15 de julio de 1990 hasta 31 de octubre de 2003.
- c) Soldado Profesional: Desde 014 de noviembre de 2003 hasta 30 de noviembre de 2008.

Lo anterior significa que el demandante, fue convertido de manera obligatoria en noviembre de 2003, toda vez que dentro de la documental, aportada no se advierte que el demandante haya solicitado la incorporación a las Fuerzas Militares como Soldado Profesional.

Que, por Resolución No.463 del 9 de noviembre de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) le reconoció asignación de retiro al señor Lisandro Valencia Pérez, en cuantía del 70 % del salario mensual, adicionado con un 38,5 %, por concepto de prima de antigüedad, efectiva a partir del 28 de febrero de 2009.

En virtud de lo anterior, se evidencia que el señor Lisandro Valencia Pérez, a partir del 1 de noviembre de 2003 se incorporo como Soldado Profesional, en los términos del Decreto 1794 de 2000. Y siguiendo la Jurisprudencia antes citada, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia,

¹⁵ Folio 82 vto el expediente. Constancia expedida por la Jefatura de Desarrollo Humana, Dirección de personal

equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como Soldado Voluntario y, con posterioridad, como Soldado Profesional, esto es, a partir de la fecha de su incorporación noviembre de 2003.

Frente a la **prescripción** del derecho se dirá, que para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

El Consejo de Estado en sentencia de fecha 4 de marzo de 2010,¹⁶ reitera la postura asumida respecto de la prescripción de 4 años, hecha en sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente No. 628-2008, actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual señalo:

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

En este orden, y aplicando la lógica argumentativa citada, los derechos prestacionales consagrados en el presente asunto prescriben en cuatro años, que se contarán desde la fecha en que se hagan exigibles, norma ésta aplicable en el caso que se estudia, por ser la que estableció el régimen especial y exceptivo que cobija a los empleados de la fuerza pública, y específicamente sus prestaciones sociales.

De manera que, si el actor presentó petición ante la entidad demandada el día **24 de junio de 2013**, se colige que ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción cuatrienal de las diferencias en los reajustes en la asignación de retiros causados con anterioridad al **24 de junio del año 2009**.

¹⁶Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación Número: 25000-23-25-000-2007-00240-01(0474-09)

Así las cosas, se declarará la nulidad del acto demandado y se ordenará a la entidad demandada, CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, reliquidar la asignación de retiro devengada por el actor a partir del 28 de febrero de 2009 – según resolución 463 de 2009 que reconoce asignación de retiro al actor, como Soldado Profesional, en aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y teniendo en cuenta que la reliquidación de un período afecta el siguiente. Así mismo, pagará las diferencias en las mesadas de asignación de retiro que resulten de ello, con efectos fiscales a partir del **24 de junio del año 2009**, aplicando para ello 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 la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

6.5.- Condena en costas:

Como es bien sabido, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) dispuso en materia de costas lo siguiente:

***“Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma

objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.

El significado de disponer según la real Academia de la Lengua¹⁷ no es cosa distinta a: “1. tr. Colocar, poner algo en orden y situación conveniente. U. t. c. prnl. 2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse. (...)”

Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió la demanda que ahora se decide.

En ese orden de ideas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por ser la norma adjetiva actualmente vigente en materia de costas. Aunque en el numeral 1° de dicho precepto se establece en forma perentoria que:

“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, “Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la

¹⁷ Tomado de <http://dle.rae.es/?w=dispondr%C3%A1&o=h> consultado 23-11-2015

medida de su comprobación.”, condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

Sin embargo, observa el Despacho que en el asunto *sub examine* no hay lugar a imponer una condena en costas en **contra de la entidad demandada**, como quiera que, las pretensiones prosperaron parcialmente, en virtud de la prescripción alegada por la entidad accionada y que fuera declarada, además del ánimo conciliatorio de la misma, pues lo real y cierto es que en el cuaderno de instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación y en tratándose de este tipo de procesos en los que interviene una entidad pública se encuentra de por medio del interés general y el patrimonio público, cuya protección se impone como interés público.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad del oficio Consecutivo N° 2013-36502 de fecha 12 de julio de 2013, que negó la reliquidación de asignación de retiro, proferido por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción de las diferencias de las mesadas pensionales, frente a los derechos causados con anterioridad al **24 de junio del año 2009**, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de **restablecimiento del derecho**, **condenase** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer y reajustar al señor LISANDRO VALENCIA PEREZ, Identificado con Cédula de ciudadanía No.7.549.976, la diferencia en el reajuste de su asignación de retiro, dando aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. Igualmente se ordena pagar al demandante las diferencias causadas con efectos fiscales a partir del **24 de**

junio de 2009, en razón a que las causadas con anterioridad a las mismas, se encuentran prescritas.

De las anteriores sumas deberá hacerse **descuentos de ley**, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud, si hubiere lugar a ello, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: NO HAY LUGAR CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Contra la presente decisión, procede recurso de apelación.

SÉPTIMO: Para su cumplimiento, por secretaría, emítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA; realizado lo anterior y verificado su cumplimiento.

OCTAVO: El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones, y si existe remanente de gastos procesales se ordena la devolución al interesado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
JUEZ.