



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 **2015 00067 00**
Demandante: BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- **DEMANDANTE:** BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS, identificado con C.C No. 5.660.450 de Guepsa.
- **DEMANDADO:** CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

OBJETO:

➤ DECLARACIONES Y CONDENAS:

La parte actora solicita se declare la nulidad de los acto administrativos **No. 2014-84418 de fecha 31 de octubre de 2014**, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago a favor del demandante el reajuste salarial del 20% establecido en el artículo 4º de la ley 131 de diciembre de 1985 y en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, así como del acto **No. 2014-89700 de fecha 24 de noviembre de 2014** mediante el cual se negó el reajuste de la liquidación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir el 70% de la asignación básica ,más el 38,5 de la prima de antigüedad.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a CREMIL, al reconocimiento y pago a favor del accionante, del 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.

Igualmente requiere que, se condene al pago efectivo e indexado de todos los valores que resulten de la diferencia de lo solicitado y las sumas efectivamente cancelada 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 reclamado, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Se ordene el pago de intereses moratorios en los términos señalados por los artículos 192 y 195 del CPACA, así como al pago de costas y agencias en derecho.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FÁCTICOS:

En síntesis relata el apoderado del actor que su cliente prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional como soldado regular, y que una vez terminado el periodo reglamentario 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 Comando del Ejército Nacional, fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

Mediante Decreto 1793 de 2000, el Gobierno Nacional creó dentro de la estructura de la Fuerza Pública la modalidad de "Soldados Profesionales", con el fin de contar con un cuerpo armado especializado y entrenado para el mantenimiento y restablecimiento del orden público.

El decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 por el cual "establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares", fijó la asignación básica para los soldados profesionales en un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario.

Con el fin mantener las condiciones salariales y garantizar los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se incorporaran como soldados profesionales, en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 se dejó establecido en forma clara que quienes tenían la condición de Soldados Voluntarios a 31 de diciembre de 2000 seguirían percibiendo como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo.

El demandante durante el tiempo que permaneció como soldado voluntario percibió una asignación mensual igual a un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario, el cual le fue cancelado hasta el 31 de octubre de 2003.

A partir del primero de noviembre de 2003 fecha en que el demandante obtuvo el estatus de Soldado Profesional, ante una interpretación equivocada de lo establecido en el artículo primero del Decreto 1794 de 2000, el Comando del Ejército Nacional le disminuyó la asignación básica a mi poderdante de un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario a un salario mínimo incrementado en un 40%.

Radicación 15001333300420150006700
Actor: Bernulfo Rodríguez Cárdenas
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

El demandante en su estatus de soldado profesional, continuó cumpliendo exactamente con las mismas funciones y tareas que venía desarrollando como soldado voluntario antes del 10 de noviembre de 2003.

Por otra parte indica como el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en el artículo 16º establece la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, en el setenta 70% del salario mensual adicionado de la prima de antigüedad en un treinta y ocho (38.5%), ajuste que no le fue aplicado en debida forma al demandante.

➤ **JURÍDICOS:**

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:

Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.

NORMAS DE RANGO LEGAL:

Ley 131 de 1985;

Ley 4 de 1992;

Ley 923 de 2004;

Decreto 1793 y 1794 de 2000

CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Señala el apoderado de la parte actora, que por una indebida interpretación del Decreto 1794 de 2000, el ente accionado en forma arbitraria e inconsulta, disminuyó la asignación básica mensual que tenían los soldados voluntarios que se fueron incorporados como soldados profesionales, de un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo a un salario mínimo incrementado en un 40%, afectando el mínimo vital de estos servidores públicos que mantiene el orden constitucional en las difíciles condiciones laborales que ponen en riesgo su integridad personal.

Sostiene también que al disminuir la asignación básica a los soldados se contraviene de manera directa los principios fundamentales propios ya no tanto de un Estado Social de Derecho sino de un Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental la obediencia a las normas con el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general, que en resumidas cuentas consiste en un Estado protector garante férreo de todas las prerrogativas fundamentales conferidas por nuestra carta de derechos. Concluyendo así que, en el caso concreto, la Caja de Retiro en la liquidación de la asignación de retiro del demandante ha debido tener en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794.

Aduce, que existe una vulneración al derecho fundamental de la igual pues, 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.

Afirma también que, se viola el derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho fundamental al debido proceso y de los derechos adquiridos, al desconocer los montos y referencias los cuales deberán ser tenidos en cuenta a la hora de liquidar las mesadas de las asignaciones de retiro, siendo en que las mismas están siendo reconocidas con porcentajes arbitrarios que niegan la premisa constitucional relacionada con la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos por vía de la seguridad social; de allí que a raíz de estos abusos por parte de las instituciones del estado al desconocer derechos fundamentales, se están disminuyendo los montos de los cuales tienen derecho las personas beneficiadas por las asignaciones de retiro, desconociendo todos los porcentajes de los cuales tenían derecho mientras que se encontraban ejerciendo sus labores en actividad.

Sostiene que ante la duda que se le presentaba a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, respecto de cuál norma se debía aplicar en el momento de liquidar las asignaciones de retiro de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, los cuales tenían la calidad de soldados voluntarios, ha debido de emplear la más favorable, es decir tomando como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario, en aplicación del principio de favorabilidad.

En relación con la forma de liquidación de la Prima de Antigüedad manifiesta que de conformidad con el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, el liquidador debe aplicarle el 70% a la asignación básica y al valor resultante le debe adicionar el 38.5% de la asignación básica como prima de antigüedad.

Para concluir manifiesta que, los soldados profesionales que ingresaron al servicio de la Fuerza Pública antes del 31 de diciembre de 2000, tienen el derecho que se les cancele y se les tenga como base de liquidación en el reconocimiento de sus asignaciones de retiro, la asignación mensual consignada en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000. Y por ello se incurrió en una **falsa motivación** por la aplicación incorrecta de los métodos de interpretación normativa o por falla de conexidad entre los argumentos esbozados en el acto administrativo y la solicitud presentada a la administración.

1.1.3. OPOSICIÓN:

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizó contestación de la demanda y se pronunció sobre el caso en particular, así:

PROPUSO Y SUSTENTÓ LAS SIGUIENTES EXCEPCIONES:

➤ LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES

Refiere el apoderado de la entidad demandada que desde la misma Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores.

➤ INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA EL REAJUSTE SOLICITADO

Transcribió el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para concluir que de dicha norma se puede deducir claramente que por disposición legal, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º, del Decreto ley 1794 de 2000, que habla solamente de un incremento del 40%, contrario a lo expuesto por la parte actora quien insiste en que se aplique el inciso segundo.

Resalta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de Oficiales, Suboficiales y soldados profesionales; para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de la Hoja de servicios en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado para fines prestaciones, documento que se constituye en pieza idónea e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Entidad.

Teniendo en cuenta lo anterior y frente al caso concreto, manifiesta que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa con su aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja, por lo tanto la Entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de la correspondiente prestación.

➤ NO CONFIGURACION DE VIOLACION AL DERECHO A LA IGUALDAD

Manifiesta que, el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del decreto 4433 de 2004, Decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto en el evento en el que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas, por cuanto a la Caja le está vedado

efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas al personal para el cual no fueron establecidas.

➤ **NO CONFIGURACION DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

Expresa que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las fuerzas militares, sin que dichas actuaciones se enmarquen dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falsa motivación.

➤ **NO CONFIGURACION DE CAUSAL DE NULIDAD**

Asegura que en el caso bajo estudio, la entidad ha actuado con apego a la ley, encontrando de esta manera los actos administrativos acusados amparados bajo la presunción de legalidad.

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA: Se pronunció, indicando que, se opone a todos y cada uno de los hechos de la demanda.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

Por auto del 08 de mayo de 2015, se admitió la demanda (fs. 36-40), ordenándose notificar al demandado, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, permaneciendo el expediente a partir del 19 de junio de 2015 y hasta el 27 de julio de 2015 en la Secretaría a disposición de los notificados por un término de 25 días (Art. 199, inc. 5º Ley 1437 de 2011 modificado por el Art. 612 del C. G. del P. – (fl. 49), el cual una vez culminado se corrió traslado por treinta (30) días (Art. 172/ ley 1437 de 2011), término dentro del cual la apoderada de la entidad demandada presentó contestación de la demanda (fs. 51-54), corriéndose traslado de las excepciones propuestas desde el 11 de septiembre al 15 de septiembre de 2015 (fl.94); el 15 de octubre de 2015 se realizó la audiencia inicial, en la que agotaron todas las etapas señaladas en el Art. 180 de la ley 1437 de 2011; finalmente se llevó a cabo audiencia de pruebas el día 26 de noviembre de 2015, y se ordenó a las partes presentar los alegatos de conclusión por escrito, debido a que se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento a que se refiere el artículo 182 del C.P.A.C.A. (fs. 137-138).

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Ambas partes guardaron silencio

3.3. La Delegada del Ministerio Público no conceptuó.

4.- TESIS Y PROBLEMA JURÍDICO:

El Despacho abordara el presente asunto desde la perspectiva de asuntos a resolver:

Primer Problema Jurídico: Conforme a los planteamientos indicados, el presente asunto se contrae a determinar si el señor BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS, tiene derecho al reconocimiento y pago del **reajuste salarial del 20%**, a partir del 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro del servicio, por considerar que su sueldo fue disminuido al pasar de ser soldado voluntario a soldado profesional.

Tesis de la parte demandante frente al 1er Problema: El demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste salarial equivalente al 20% del salario básico, y de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral devengada por el actor, desde el 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha de su de retiro del Ejército Nacional, por indebida aplicación del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1793 de 2000 que realizó la demandada.

Tesis de la parte demandada frente al 1er Problema: El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los dineros solicitados, toda vez que se encuentra cobijados por los Decretos que regulan el régimen salarial y prestacional para el personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, el cual contempla un salario equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente más un 40% de éste.

El Despacho sostendrá frente al 1er problema: la entidad demandada ha debido dar aplicación a lo previsto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, manteniendo el incremento del 60% sobre la asignación básica mensual del demandante, sin desmejorar las condiciones salariales preexistentes de que gozaba, teniendo en cuenta que la norma expresamente contiene beneficios salariales para los soldados voluntarios, situación que no sucedió en este caso incidiendo negativamente en la liquidación de las prestaciones sociales y acreencias laborales que percibió el demandante.

Segundo Problema Jurídico: Determinar si la entidad demandada al reconocer la asignación de retiro del señor BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS, respecto de la **prima de antigüedad**, realizó una interpretación razonable del artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

La tesis del demandante 2do problema: Al realizar la Caja la liquidación de la asignación de retiro de del demandante, no se da aplicación real a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en tener en cuenta que es del salario básico que se aplica el 38.5% para liquidar la prima de antigüedad como lo establece la norma, ocasionándole unos perjuicios económicos al demandante, ya que está percibiendo una proporción mucho menor a la que originariamente debería recibir por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

La tesis de la entidad demandada 2do problema es que, siguiendo la uniformidad y secuencia del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta (70%) de salario básico incrementado en el 38,5% de la prima de antigüedad, tal y como lo ha venido aplicando la entidad.

Tesis del Despacho frente al 2do Problema: Al demandante se le afectó doblemente la prima de antigüedad dado que la fórmula utilizada para liquidar la prestación periódica, no atiende a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lo cual implica una reducción importante en la cuantía de la misma, con la consecuente violación de su derecho a la igualdad, en relación con los demás miembros de la Fuerza Pública.

5. DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

6. PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

6.1 PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

De las tituladas “LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES e INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA EL REAJUSTE SOLICITADO”, habrán de dilucidarse al momento de analizar y decidir el fondo del asunto, quedando así resueltas.

6.2 De la legitimación en la causa por de CREMIL:

El Despacho no desconoce que en providencia del 18 de septiembre de 2015 el Tribunal Administrativo de Boyacá con Ponencia del Magistrado Fabio Ignacio Mejía Blanco, proceso No. 15001333300420150012101, revocó una sentencia proferida por este Despacho en la que se condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al reajuste del 20% solicitado. No obstante este juzgado se aparta del anterior criterio ya que considera que CREMIL si está legitimado en la causa por pasiva en este proceso, como pasa a explicarse.

De conformidad con la jurisprudencia de H. Consejo de Estado¹ existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal; mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-,

¹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera , auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610)

con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. En consecuencia, la **legitimación por pasiva de hecho**, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda (en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos), mientras que, la **legitimación por pasiva material**, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)², tiene como objeto fundamental la de reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, así como, la sustitución pensional a sus beneficiarios, y contribuir al desarrollo de la política y los planes generales que en materia de seguridad social adopte el Gobierno Nacional respecto de dicho personal, con sujeción a lo dispuesto en la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa Nacional, razón por la cual, en principio, no podría entrar a liquidar una prestación con fundamento en una asignación básica que no ha sido devengada por el demandante al momento del retiro; sin embargo, como se trata del reajuste de una prestación periódica que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoce con base en los factores salariales que la entidad nominadora Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares) le certifica como devengados y según el régimen correspondiente, le asiste legitimación en la causa por pasiva material respecto del reajuste de la asignación de retiro con base en las partidas computables legales y las que en virtud del principio de la igualdad le correspondan (que más adelante se analizarán), por las siguientes razones:

- i. **Principio de eficacia:** De conformidad con el principio contenido en el artículo 2º de la Constitución Política, todas las autoridades deben garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, el debido proceso es un derecho fundamental exigible en las decisiones administrativas. En tal sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional³, ha considerado que el debido proceso administrativo presupone que las autoridades actúen respetando y garantizando el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción, la imparcialidad en sus determinaciones, el principio de legalidad y en materia laboral y pensional, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la carta, para garantizar así su ordenado funcionamiento, el principio de la seguridad jurídica de los administrados y la validez de sus propias actuaciones⁴.

² Naturaleza jurídica. Art. 3º Acuerdo No. 008 de 2002.

³ Cfr. T-457 de octubre 20 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía; T-1016 de diciembre 13 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-1061 de octubre 5 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-611 de agosto 5 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-214 de marzo 8 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; y T-581 de junio 10 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴ Cfr. T-550 de octubre 7 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

ii. Principio de integridad: El derecho a la pensión especial es de carácter constitucional, pues emana directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, ya que “*nace y se consolida ligado a una relación laboral*”⁵, lo que implica una conexión íntima con la dignidad humana y la vida misma. La **Ley 100 de 1993**, como núcleo temático de la seguridad social, es la norma aplicable para todos los individuos del territorio nacional⁶, salvo las excepciones mencionadas en dicha ley, consagradas en el artículo 279, donde se indica que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Esta preceptiva, acata lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)⁷ y 217⁸ de la Constitución Política, en los cuales, se estableció que la Ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan⁹. No obstante, los directrices dispuestas en dicha norma hacen referencia de forma general al sistema de seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. Es por ello, que define el Sistema de seguridad social integral. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten (art. 1°).

iii. Principio de sistematicidad: Como se expresó anteriormente, la Ley 100 de 1993 es el núcleo temático de la seguridad social, aplicable para todos los individuos del territorio nacional¹⁰, salvo las excepciones mencionadas en

⁵ T-970 de septiembre 22 de 2005, M. P. Marco Gerado Monroy Cabra; T-1067 de noviembre 12 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-682 de agosto 22 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-684 de junio 29 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1354 de octubre 4 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-982 de diciembre 9 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; C-179 de abril 10 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz; T-516 de noviembre 10 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara.

⁶ En sentencia C-850 de septiembre 3 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, se recordó que la Ley 100 de 1993 “versa sobre la seguridad social en su amplia significación, como lo corrobora su título ‘Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones’ y el preámbulo, al disponer que ‘la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad’.

⁷ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”.

⁸ El artículo 17 de la Constitución Política, consagra: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // 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.”

⁹ Cfr. C-432 de mayo 6 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-372 de mayo 11 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰ En sentencia C-850 de septiembre 3 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, se recordó que la Ley 100 de 1993 “versa sobre la seguridad social en su amplia significación, como lo corrobora su título ‘Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones’ y el preámbulo, al disponer que ‘la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que

dicha ley, las cuales se encuentran consagradas en su artículo 279, donde se indica que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares; sin embargo, es claro, que cuando se hace referencia al *régimen prestacional* del personal de las Fuerzas Militares en este se entienden incluidos tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud¹¹, lo cual, no excluye la aplicación de principios generales en tanto que en la determinación del régimen o la normatividad aplicable al reconocimiento de una pensión o al reajuste de la misma correspondiente a una persona que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 pertenezca a un régimen especial o tenga derecho a la aplicación del régimen de transición allí previsto, la autoridad administrativa deberá respetar los principios de favorabilidad y la garantía de los derechos adquiridos, en especial si se trata de aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con el fin de preservar, en todo caso, el derecho fundamental al debido proceso¹².

- iv. La materialidad de la relación jurídico laboral y administrativa vigente del demandante:** El demandante, BERNULFO RODRÍGUEZ CÁRDENAS, al momento de presentar la demanda, ostentaba el estatus de Soldado Profesional retirado, por tanto, cualquier petición relacionada con su asignación mensual de retiro, como situación jurídico administrativa vigente, en calidad de retirado del servicio, se predica es ante la entidad encargada del reconocimiento de dicha prestación, en este caso de CREMIL.
- v. Inimpugnabilidad de la hoja de servicios,** toda vez, que por regla general, este documento es catalogado como un acto de trámite, y excepcionalmente, de carácter definitivo, cuando se niega su elaboración y/o adición, característica ésta que lo hace impugnabile. Por tal razón, es entendible, que la parte demandante, no haya acudido en sede administrativa ante el nominador y/o empleador, en procura de la adición y/o modificación de la misma, puesto que de su contenido se colige que generó un beneficio al accionante, y por tanto, no puede exigírsele que demande su nulidad. En consecuencia, para el Despacho la modificación de la hoja de servicios del actor, es un acto administrativo de trámite, lo cual impide su impugnabilidad. Razón por la cual, para el presente caso, tratándose del reajuste de la asignación de retiro con base en las partidas computables indicadas en la hoja de servicio, no le asiste legitimación

menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

¹¹ Cfr. C-654 de diciembre 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-835 de octubre 8 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-101 de febrero 11 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, las cuales además indican que el fundamento jurídico de las prestaciones derivadas de las contingencias propias de la seguridad social, se encuentran en el artículo 150, num. 19, lit. e) de la Constitución, que corresponde a las materias sujetas a ley marco.

¹² Cfr. T-235 de abril 4 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-251 de abril 12 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-625 de julio 1° de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-008 de enero 19 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-631 de agosto 3 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-595 de agosto 3 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

material en la causa por pasiva a las Fuerzas Militares (Ministerio de Defensa Nacional).

En este orden de ideas se deja sentada la postura sobre la legitimación que, a consideración del Despacho, tiene la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para responder ante una eventual condena en su contra.

6.2. PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- Memorial contentivo del derecho de petición elevado ante la entidad demandada de fecha 14 de octubre de 2014. **(fl. 20-21)**
- Oficio No. **2014-84418** del 31 de octubre de 2014, que da respuesta al derecho de petición elevado. **(fl.22)**
- Memorial contentivo del derecho de petición elevado ante la entidad demandada de fecha 13 de noviembre de 2014. **(fl. 23-25)**
- Oficio No. 2014-89700 de fecha 24 de noviembre de 2014, que da respuesta al derecho de petición elevado. **(fl.26)**
- Hoja de servicios del soldado profesional BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS **(fl. 26)**
- Certificación expedida por las Fuerzas Militares de Colombia, donde se certifica el último lugar geográfico donde prestó servicios el señor BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS. **(fl. 31)**
- Copia de la orden administrativa No. 3689 de fecha 20 de junio de 2012, mediante la cual se reconoce asignación de retiro al soldado profesional BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS **(Fl.29-30)**

6.3 PREMISAS JURÍDICAS.

➤ Regímenes salariales de los soldados profesionales.

De conformidad con el artículo 216 de la Constitución Política de 1991, la Fuerza Pública se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

El artículo 217 de la Carta Magna refiere 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 debate, en tanto que el actor laboró en el Ejército Nacional, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

La ley 131 de 1985 “por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario” dispuso en su artículo segundo la posibilidad de prestar el servicio militar voluntario, para aquellos que hubiese cumplido con el deber constitucional y legal del servicio militar obligatorio, y que manifestaran esa intención al respectivo Comandante de Fuerza, siendo aceptados, lógicamente por él.

El artículo 4 de la norma en referencia establece que:

“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 correspondiente a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto”. (Negrilla fuera de texto)

Es decir, que para los Soldados Voluntarios se fijó una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

Posteriormente, en el año 2000 fue expedido el Decreto 1793, (Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares), el cual señaló:

“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 y Subraya fuera del texto)

Con la entrada en vigencia de dicho Decreto se dejó establecido que el Gobierno Nacional expedirá el régimen salarial y prestacional del Soldado Profesional con base en lo dispuesto en la Ley 4° de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos. Y se dispuso además 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.

Precisamente en el parágrafo del artículo 5 del Decreto 1794, referente a los Soldados vinculados mediante la ley 131 de 1985, se estableció:

“**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.” (Subraya fuera de texto)

Este decreto previó la posibilidad de que los Soldados Voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaran su intención de incorporarse como Soldados Profesionales, fueran incorporados a partir del 1 de enero de 2001, a quienes se les aplicaría íntegramente lo dispuesto en el decreto 1794 de 2000.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el Gobierno Nacional, con base en lo establecido por la Ley 4 de 1992, 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”, norma que textualmente dice:

“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%).

“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 y Subraya Fuera del Texto)

Se estableció entonces mediante la citada ley el servicio militar voluntario para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaran el deseo al Comandante de la Fuerza de prestar servicio militar voluntario y sean aceptados por él, señalándose para éstos una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

Nótese que si bien es cierto el artículo primero del Decreto 1794 de 2000 establece para los Soldados Profesionales un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, aumentado en un cuarenta por ciento (40%), también es cierto que a renglón seguido deja claro que aquellos Soldados que ya estaban vinculados con las Fuerzas Militares a 31 de diciembre de 2000, conforme lo normado por la Ley 131 de 1985, devengarían el mismo salario mínimo legal, pero incrementado en un sesenta por ciento (60%) y no en un cuarenta por ciento (40%) como ocurrió con los Soldados que después de la referenciada data decidían ingresar a las Fuerzas Militares en ese grado.

Precisamente por medio de la Ley 131 de 1985 el Gobierno Nacional dictó normas sobre el servicio militar voluntario, que no es más que aquel servicio prestado por los varones, que habiendo cumplido el servicio militar obligatorio, manifestaran su intención de ingresar a las Fuerzas Militares para trabajar en cualquiera de las fuerzas por las cuales está compuesta, con el fin de atender las necesidades militares que requiere el país, sin la posibilidad de ser considerados como miembros profesionales, sin embargo, y como se anotó atrás, con el Decreto 1793

de 2000 se buscó la profesionalización de todos los miembros de las Fuerzas Militares que se encontraban prestando un servicio militar voluntario, en el sentido de garantizarles una mejor estabilidad laboral y prestacional, acorde con las funciones y el riesgo en que se desempeñaban, siendo, igualmente, regulado con el Decreto 1794 del mismo año.

➤ **El régimen de transición de la ley 131 de 1985 al decreto 1794 de 2000.**

La ley 131 de 1985 fue promulgada con el objetivo de dictar normas sobre el servicio militar voluntario, regulándose, entre otras cuestiones, la remuneración que devengaría quien laborara para las Fuerzas Militares bajo la modalidad de un servicio militar voluntario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad que regulaba el tema.

Posteriormente, a través del Decreto 1794 de 2000 se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, fijándose igualmente la remuneración que devengarían los Soldados Profesionales, estableciéndose dos tablas salariales, dependiendo de la fecha de su ingreso a las Fuerzas Militares como Soldados Profesionales.

El Despacho entiende que en el caso de la remuneración mensual que devengaban lo Soldados Voluntarios, que luego empezaron a denominarse Soldados Profesionales, se presentó una transición, regulada en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, es decir, dejando incólume la mensualidad que venían devengando los soldados voluntarios, ahora llamados profesionales, precisamente, también, en aplicación a los derechos adquiridos, a pesar de haberse señalado un salario más bajo para los Soldados Profesionales que ingresaran a partir del 01 de enero de 2001.

Lo anterior es claro cuando se observa el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 al establecer la salvedad de que:

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

Hay que dejar claridad que dicha salvedad se realiza en el artículo primero de la referenciada norma, la cual trata sobre la “ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL”, porque si bien es cierto el párrafo del artículo segundo del Decreto 1794 establece que “Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”, esta última disposición hace referencia única y

exclusivamente a la prima de antigüedad, pues esa prestación económica, precisamente se encuentra regulada en el artículo segundo del mencionado decreto.

Se podría afirmar que existe una contradicción entre lo señalado en el inciso segundo del artículo primero y lo señalado en el párrafo del artículo segundo del Decreto 1794 de 2000, situación que no es del toda cierta, en la medida en que esos dos artículos regulan dos prestaciones económicas totalmente diferentes, el primero la asignación salarial mensual, y el segundo la prima de antigüedad, lo cual nos lleva a la conclusión que lo establecido allí regula única y exclusivamente la prestación económica que tiene que ver con cada uno de los artículos, más no se debe entender que el párrafo del artículo segundo también esté regulando la asignación salarial mensual.

Ahora, volviendo a que la condición para que el uniformado sea beneficiario del régimen de transición es simplemente que se hubiere encontrado laborando como Soldado Voluntario a órdenes de las Fuerzas Militares **con anterioridad** al 01 de enero de 2001 conforme lo regulado por la Ley 131 de 1985. Ya quienes hubieren ingresado a las Fuerzas Militares, bajo el rango de Soldados Profesionales, **a partir** de la referenciada data no les son aplicables las prerrogativas contenidas en la Ley 131 de 1985, sino las estipuladas en el Decreto 1794 de 2000.

Respecto del concepto de régimen de transición en asuntos laborales se puede destacar el consignado por la Corte Constitucional en la sentencia T – 105 de 2012, así: “El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.”

De esta manera queda claro que al entrar en vigencia el Decreto 1794 de 2000, también entró en rigor una transición de la norma que establecía a favor de los Soldados Voluntarios una asignación salarial de un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuyo único requisito que exigía el Decreto 1794 de 2000 para ser beneficiario de ese régimen de transición es que se encontraran al 31 de diciembre del año 2000 como Soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, es decir, prestando el servicio militar voluntario.

De lo anterior se colige que la ley 1794 de 2000 reglamentó el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, dando una protección especial a aquellos soldados voluntarios que a 31 de diciembre de 2000, se encontraban como soldados de conformidad con la ley 131 de 1985, quienes devengaban un Salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60). En este orden de ideas no solo los soldados vinculados que pasaron a ser Soldados Profesionales en las condiciones establecidas en la Ley 131 de 1985, devengarán un Salario Mínimo incrementado en un 60% del mismo, sino que además, al ser soldados profesionales gozaran de todos los beneficios y prerrogativas otorgadas por la ley.

En cuanto a la posición adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el Despacho trae a colación la sentencia del 5 de febrero de 2015 proferida dentro del expediente 2013-00012, que accedió a las pretensiones en un caso fáctico y jurídicamente análogo al que aquí se debate, así:

“Así mismo, que en virtud del Decreto 1793 de 2000, el accionante fue incorporado como soldado profesional por disposición de sus superiores a partir del 1 de noviembre de 2003, acogién dose al régimen prestacional definido por el Decreto 1794 de 2000.

Sin embargo, y no obstante que a voces del pluricitado decreto, los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000 podían ser incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares, quedando cobijados por las normas definidas para aquellos, el Decreto 1794 de 2000 al definir la asignación salarial mensual, estableció en su artículo 1º inciso 2º:

“(…)

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 1995, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”

De tal suerte, que aun cuando la incorporación como soldado profesional trajo consigo el reconocimiento de las prestaciones sociales que para este cargo fueron contempladas por el Decreto 1794 de 2000, lo cierto es, que en lo que respecta a la asignación mensual salarial, la norma exceptuó a quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados en los términos de la ley 131 de 1985, y luego fueron vinculados en calidad de soldados profesionales disponiendo para estos el pago de un salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60%.

De ahí, que habiéndose vinculado al señor Pedro Erasmo Jaimes Maldonado como soldado voluntario el 01 de octubre de 1992 bajo la ley 131 de 1985, y posteriormente, en calidad de soldado profesional, en gracia de la autorización normativa imprimida por el Decreto 1793 de 2000, es factible concluir que el actor se encuentra bajo las previsiones del inciso 2º del art. 1º del Decreto 1974.”

Desde nuestra perspectiva son varias la situaciones que regula el decreto 1794 de 2000: a) Los vinculados particulares a partir de la vigencia de la norma, a quienes se les aplica íntegramente dicha disposición y su régimen salarial y prestacional; b) El soldado voluntario que manifiesta expresa y claramente la voluntad de vincularse como soldado profesional, a quien se le aplicaría el régimen salarial y prestacional estipulado en dicha norma (párrafo artículo 2º); c) El soldado voluntario vinculado bajo el régimen de la ley 131 de 1985 que no haga ninguna manifestación expresa para vincularse como soldado profesional, a quien

continuaría devengando un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) (Inciso segundo artículo 1º). Por lo tanto, en concordancia con lo dicho por el H Tribunal, el decreto 1794 sí reguló la situación de quien se encontraba vinculado como soldado voluntario y respetó su régimen salarial, sin embargo, establece una condición para cambiar de régimen salarial, la manifestación clara, expresa y voluntaria del soldado voluntario, puesto que solamente se vulneraría el principio de irrenunciabilidad de las condiciones mínimas laborales, si de la comparación completa e integral entre los dos regímenes salariales y prestacionales, resulta una disminución sus salarios, prestaciones o beneficios, es decir, si lo que presumiblemente pierde en salario es compensado en alguna prestación, bonificación, prima o beneficio. Así lo ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004. Lo cual significa que un soldado voluntario al momento de entrar a regir el decreto 1794 de 2000 se le aplica éste, excepto en cuanto a la asignación salarial básica (art. 1) y la prima de antigüedad (Art. 2 parágrafo), pero si se acoge voluntaria, clara y expresamente podría acceder de manera íntegra al nuevo régimen salarial y prestacional del soldado profesional. Decir lo contrario es afirmar que existe una intangibilidad absoluta en la norma que rige la relación laboral y se estancaría la normal y necesaria evolución legislativa.

➤ **El respeto a los derechos adquiridos**

El literal e) del artículo 150 de la Constitución Política determina que dentro de las funciones del Congreso están las de señalar los objetivos y criterios que deberá seguir el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.

De conformidad con la anterior norma, el Congreso expidió la Ley 4 de 1992, en la que señaló las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la **Fuerza Pública**.

El literal a) del artículo 2 de la Ley 4 de 1992 estableció que para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo primero de la Ley 4 de 1992 (entre ellos los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico, es decir, que allí se encuentran, también, incluidos los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional), el Gobierno Nacional tendría en cuenta, entre otros, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. De la misma manera se estipuló que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

Conforme lo explicó la Corte Constitucional en las sentencias C-168 de 1995, C-789 de 2002 y C-177 de 2005, en materia laboral y pensional deben respetarse en todo caso los derechos adquiridos. A lo largo de esta línea jurisprudencial uniforme, la Corte ha decidido que, en principio, los cambios en la ley laboral se aplican a las relaciones de trabajo vigentes, independientemente de si son favorables o desfavorables para los intereses del trabajador, siempre y cuando el trabajador no

tenga ya un derecho adquirido a que se aplique la anterior normatividad, por cuanto ya había reunido los requisitos necesarios para poder acceder al derecho cuya reglamentación fue modificada; en la misma medida, la Corte Constitucional ha establecido que cuando un trabajador ya cumplió con los requisitos necesarios para poder acceder a un derecho, las nuevas leyes laborales que modifiquen los requisitos para acceder a ese derecho no le pueden ser aplicados. En este caso, entonces, se prohíbe la retroactividad de la ley laboral, por cuanto el trabajador tendría ya un derecho adquirido a acceder a ese derecho de acuerdo con los requisitos del pasado.

Igualmente el artículo 53 de la Constitución Política dispone que la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores. Y en el mismo sentido se orienta el artículo 58 ibídem al señalar que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Por ende una vez se ha consumado la situación jurídica e individual, y constituido así el derecho concreto, los derechos laborales entran al patrimonio de la persona y son intangibles frente a la nueva legislación.

Ahora bien, el Gobierno Nacional, en desarrollo de las normas generales de la ley 4 de 1992, por medio del Decreto 1794 de 2004 estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, estableciendo que los Soldados Profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Igualmente refiere que sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo segundo de la norma ibídem, 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%).

Es aquí donde el Gobierno Nacional al regular el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, con fundamento en el respeto a los derechos adquiridos, establece que los Soldados Voluntarios, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como tales de acuerdo con la Ley 131 de 1985, pasen a ser Soldados Profesionales, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), debido a que con la anterior normatividad que los venía regulando, es decir, la Ley 131 de 1985 en su artículo 4, ya se les había señalado una remuneración equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), razón por la cual era improcedente que a éstos se les hubiera disminuido su ingreso fijo mensual, también en aplicación directa del artículo 58 de la Constitución Política, que como se anotó atrás, ampara o garantiza los derechos adquiridos.

Precisamente la Corte Constitucional en la sentencia C – 242 de 2009 definió el término de ‘derechos adquiridos’ como “... aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente

obtenido al amparo de una Ley anterior. Presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento.”

7.- SOLUCION DEL CASO

SOBRE EL REAJUSTE DEL 20%

Descendiendo al caso en concreto y analizadas las pruebas que obran en el expediente, y teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, se evidencia que las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad, acorde con las siguientes consideraciones:

Del material probatorio recaudado se observa que, el señor BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS, prestó servicio militar obligatorio en las filas del ejército nacional, luego fue incorporado como soldado voluntario y a partir del 01 de noviembre de 2003, por disposición administrativa, fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta el 29 de noviembre de 2012 fecha de su retiro (fl. 27 obra hoja de servicios y fl.29 acredita fecha de retiro), la prestación de sus servicios se refleja de la siguiente manera:

Descripción	Fecha inicia	Fecha termina	Años	Meses	Días
SOLDADO REGULAR	1990/12/13	1992/06/20	1	6	7
TIEMPO DE SERVICIO MILITAR CUMPLIDO	1992/06/20				
SOLDADO VOLUNTARIO	1992/08/01	2003/10/31	2	2	0
SOLDADO PROFESIONAL	2003/11/01	2011/08/30	7	9	29
TRES MESES DE ALTA	2011/08/31	2011/11/29		3	
POR TENER DERECHO A PENSION	29 de noviembre de 2012				

Previo al cumplimiento exigidos en el artículo 16º del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución No. 3689 del 20 de junio de 2012, reconoció asignación de retiro al señor BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS. (fl. 29-30)

Desde el reconocimiento de la Asignación de Retiro de las Fuerzas Militares, se viene liquidando la mesada del demandante teniendo como base de liquidación del salario mínimo más el cuarenta por ciento (40%).

Con fecha **13 de noviembre de 2014**, con radicado 20140119136, el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

solicitando que en la liquidación de asignación de retiro se tome como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60%.

Con fecha 24 de noviembre de 2014, la Caja dio respuesta al derecho de petición, radicado **No. 089700**, negando las pretensiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma el procedimiento administrativo.

De los haberes devengados por el actor desde enero de 2003 a diciembre de 2003 (fls. 125-136) se verifica que para los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2003, el demandante devengaba un sueldo básico de \$531.200.00 (excepto en enero que fueron \$494.400.00); sin embargo, desde el mes de noviembre de 2003, éste se redujo a \$464.800.

Conforme a lo anterior es claro que el actor se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, en razón a que se encontraba vinculado como soldado voluntario con anterioridad al 31 de noviembre del año 2003, lo anterior de acuerdo con la hoja de servicios visible a folio 27 del expediente, en la cual se indica que se vinculó en dicha entidad a partir del **13 de diciembre de 1990**.

De conformidad con lo expresado por el apoderada del demandante se pudo verificar que, de conformidad con los comprobantes de nómina de los meses de octubre y noviembre de 2003 (fl. 134-135), se concluye que a partir del 1º de noviembre de 2003 al pasar el demandante de ser soldado voluntario a profesional, su salario se redujo en un 20%, dado que como soldado voluntario devengaba la suma de \$531.200 y, con posterioridad a noviembre de la misma anualidad, ostentando el cargo de soldado profesional, le fue pagado su salario equivalente a \$464.800, igualmente, en enero de 2004 le fue reconocido por este concepto, la suma de \$501.200.

Establecida la disminución del salario del demandante, con ocasión de su cambio de soldado voluntario a profesional, el Despacho definirá si dicha situación conlleva a la transgresión del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 del 2000, que dispone que los soldados voluntarios que se encontraban vinculados con anterioridad, en vigencia de la ley 131 de 1985, tienen derecho a una asignación mensual equivalente a una salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Una vez analizado el contenido del texto de la disposición que se estudia, ya anotada con anterioridad, el Despacho llega a la conclusión de que la misma contiene un mandato claro el cual tiene como fundamento que sin perjuicio de que a los soldados voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 que pasen a incorporarse como soldados profesionales, lo que sucedió en el presente asunto, se les aplique íntegramente lo dispuesto en el Decreto 1794 del 2000, este mismo Decreto establece sin lugar a equívocos que los soldados que pasaron de ser voluntarios a profesionales se encuentran exceptuados de lo que devengan el resto de soldados profesionales, y es por ello que se establece que estos deben devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento 60% del mismo.

La salvedad de la asignación salarial mensual contenida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, también es aplicable con base en el principio del respeto a los derechos adquiridos, en la medida en que los Soldados Voluntarios ya se encontraban devengando mensualmente un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), y ante el cambio de régimen prestacional no le era posible al Ministerio de Defensa- Ejército Nacional entrar a disminuir sus ingresos mensuales, so pretexto de mejorar sus condiciones prestaciones laborales, lo cual iría en contra, no solo del mencionado principio, sino también, del mismo artículo 58 de la Constitución Política el cual consagra la garantía de los derechos adquiridos, pues, esa mensualidad que venían devengando los Soldados Voluntarios puede ser considerado como un derecho adquirido en la medida en que como lo señaló la Corte Constitucional son “situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior.”¹³

Para el Despacho es claro que el actor es beneficiario del principio de los derechos adquiridos y del régimen de transición existente entre la ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000, en la medida en que como se anotó, el demandante venía desempeñándose como Soldado Voluntario en las Fuerzas Militares, más exactamente en el Ejército Nacional, bajo las condiciones, requisitos y beneficios de la Ley 131 de 1985, y posteriormente fue denominado como Soldado Profesional conforme a lo regulado por el Decreto 1794 de 2000, pues ya tenía consolidado un derecho laboral, con la salvedad que a él no se le podía disminuir su ingreso mensual como lo hizo el demandado, en la medida en que el inciso segundo del artículo primero del Decreto en mención establece la cuantía de la asignación salarial mensual que entraría a devengar los Soldados que se encontraban bajo las condiciones del actor, mientras que el parágrafo del artículo segundo de la norma en cita establece es que a todos los Soldados Profesionales, sin importar si eran o no Soldados Voluntarios, se les aplicaría en su integridad lo allí regulado pero para la prima de antigüedad, más no para su **asignación salarial mensual**.

Quiere decir lo anterior que existe una errada interpretación por parte del demandado respecto de los artículos primero y segundo del Decreto 1794 de 2000, en la medida en que como se lee allí, cada uno de esos artículos regulan temas específicos distintos de las prestaciones económicas de los Soldados Profesionales, más no se está regulando en ambos la asignación mensual salarial.

De manera que, en observancia al mandato legal y reglamentario ya definido es claro en su intención de proteger tal prestación, no resulta razonable que por cuenta de la entidad demandada le deniegue tal derecho al actor, pues si lo que quería la demandada con la unificación de tales soldados era profesionalizar a los mismos, debió partir del reconocimiento de las prerrogativas ya reconocidas a los soldados voluntarios.

¹³ C - 242 de 2009

En ese orden de ideas, se prueba que el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad, desvirtuándose de esta manera la presunción de legalidad que le favorecía, y por ende este Despacho declarará la nulidad del mismo.

La anterior postura encuentra respaldo suficiente en una reciente sentencia del **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B" CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE**, seis (6) de agosto de dos mil quince (2015), **Radicación: No. 660012333000201200128-01, Expediente: No. 3583-2013, Actor: WALTER OLARTE VALENCIA**, mediante la cual se sostuvo:

“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.

Sin embargo, la Sala rechaza enérgicamente dicha interpretación toda vez que ella en la práctica implicaría prohiar la renuncia tácita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

En este mismo sentido, tampoco resulta de recibo el argumento de la supuesta violación al principio de la inescindibilidad de las normas que trae consigo, a estos casos, la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 toda vez que, como quedó visto en precedencia, no se trata de la escisión o fragmentación de las disposiciones del referido Decreto, sino por el contrario, se trata de la aplicación directa de su primera disposición esto es la que regula todo lo concerniente a la asignación que deben percibir los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.”

DEL REAJUSTE DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD

Se encuentra demostrado dentro del expediente que:

Por el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 923 de 2004 y el decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció y viene pagando asignación de retiro al demandante.

Desde el reconocimiento de la Asignación de retiro del demandante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, viene liquidando la mesada del señor BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS teniendo como base de liquidación, el equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. Y a esta partida le aplica el 70%. (fl. 31 Certificado de partidas computables)

Con fecha **14 de octubre de 2014**, el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. (fl 21-22^a)

Con fecha 31 de octubre de 2014 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, radicado N° **0084418**, negando las peticiones solicitadas. (fl. 22b)

Conforme se ha venido sosteniendo al demandante se le afectó doblemente la prima de antigüedad dado que la fórmula utilizada para liquidar la prestación periódica, no atiende a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lo cual implica una reducción importante en la cuantía de la misma, con la consecuente violación de su derecho a la igualdad, en relación con los demás miembros de la Fuerza Pública.

En el caso concreto, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

“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.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

El Consejo de Estado recientemente manifestó sobre esta disposición que¹⁴, los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014). CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Expediente núm. 20140229201. ACCIÓN DE TUTELA. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, el Despacho advierte que la entidad demandada le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que CREMIL lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su asignación básica.

En consecuencia la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al aplicar la fórmula del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se apartó de lo dispuesto en el mismo, habida cuenta de que afectó doblemente el porcentaje de la prima de antigüedad. Ello, por cuanto, mientras la norma establece que la liquidación de la citada prestación incluye: el 70% del salario mensual, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad, la mencionada entidad liquidó de manera diferente, pues sumó el sueldo con el 38.5% de la prima de antigüedad y del total sacó el 70%, lo cual no se ajusta al mandato legal e implica una reducción en la asignación de retiro.

Finalmente con respecto de la excepción denominada por la apoderada de la entidad demandada “LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR CREMIL, NO CONFIGURACION DE VIOLACION AL DERECHO A LA IGUALDAD, NO CONFIGURACION DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES Y NO CONFIGURACION DE CAUSAL DE NULIDAD”, observa el Despacho que las mismas no están llamadas a prosperar, toda vez que con los anteriores argumentos, queda probado que efectivamente el actor sí tiene derecho a que se le reajuste y cancele unos haberes laborales y prestacionales como consecuencia de una indebida aplicación de la normatividad que regula precisamente el aspecto salarial de los Soldados Profesionales.

De la prescripción

De conformidad con lo anterior, se ordenará el reajuste de la asignación mensual del actor, de modo que corresponda a un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento 60%, desde el **1º de noviembre de 2003** en forma progresiva, hasta cuando fue retirado del servicio (28 de febrero de 2011, de conformidad con resolución de asignación de retiro visible a fls. 29-30), con los reajustes anuales de ley y con la incidencia respectiva en todas las demás acreencias laborales, pero **con efectos fiscales desde el 13 de noviembre de 2011**, por haber operado la *prescripción trienal* prevista en el artículo 43 del Dcto. 4433/04¹⁵, en razón a que la petición ante la accionada fue presentada por el actor el **13 de noviembre de 2014** (fls. 623-24).

¹⁵ 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.

Radicación 15001333300420150006700
 Actor: Bernulfo Rodríguez Cárdenas
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Al respecto, se anota que si bien el H. Consejo de Estado¹⁶ considera que no se puede aplicar la *prescripción trienal* dispuesta en el Dcto. 4433/04, pues, el Gobierno Nacional no tenía atribución para modificar la prescripción cuatrienal establecida para el régimen prestacional constitucional propio de la Fuerza Pública (arts. 217 y 218 CP), éste Despacho observa que tal línea, la estableció frente a la prescripción estatuida en los Dctos. 1211, 1212 y 1213 de 1990, normas que no resultan aplicables al presente caso, toda vez que el demandante se desempeñó como soldado profesional, al cual le es aplicable el Dcto. 1793 de 2000, el 1794 de 2000 y el 4433/04 (art. 43), tal como se observa en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro (Res. 0081 del 24 de enero de 2011, en la parte considerativa y en la resolutive en el art. 5º).

Ahora bien en relación con el reajuste de la prima de antigüedad, como quiera que la reclamación administrativa según el expediente administrativo se presentó el **14 de octubre de 2014**, según se observa en el documento que obra a folio 21 del expediente, encuentra el Juzgado que no operó el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de esta pretensión, toda vez que la Resolución de reconocimiento de la asignación de retiro fue expedida el 20 de junio de 2012. (fl. 29 Resolución No. 3689 de 2012).

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor del actor, según el índice de precios al consumidor, de conformidad con el inciso final del artículo 187 de la ley 1437 de 2011. Así mismo se advertirá que se generarán intereses moratorios sobre las sumas actualizadas a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

¹⁶ Mediante la Sentencia del 22 de mayo de 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, expediente 2005- 10402, con ponencia de la Dra. Sandra Ibarra, se modificó un fallo de este Juzgado y se concedió el derecho al reajuste pensional aplicando la prescripción trienal prevista en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004. No obstante este Juzgado aplica al caso concreto la norma sustancial relativa a la prescripción de derechos vigente para la época de los años cuya reliquidación de la asignación de retiro se ordena. (Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990). En este mismo sentido falló el Consejo de Estado en la Sentencia del 16 de abril de 2009, expediente 25000 23 -25 000- 2007- 09328 01(1621-08), Sección Segunda Subsección A, con Ponencia del H. C. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Y en Sentencia del 11 de junio de 2009, expediente 25000 23-25 000- 2006-0822 01 (2193-2008), Sección Segunda Subsección B, con Ponencia del H. C. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, haciendo cita de otra sentencia, recordó: " En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de " arreglar la ley" para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150..."

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se deriva 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". (Negrilla fuera de texto original). De otro lado no se puede igualar la prescripción de los derechos laborales de los miembros de la Fuerza Pública con los de los demás sectores del nivel nacional, porque para aquellos el artículo 217 de la Constitución Política dispuso un régimen prestacional propio. Además las Secciones A y B del Tribunal administrativo de Cundinamarca ha venido aplicando la prescripción cuatrienal, pauta que este Juzgado continúa aplicando por ser congruente con la del Honorable Consejo de Estado, quien en fallo de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le recordó que "los derechos prestacionales consagrados a favor de los miembros de la Fuerza Pública prescriben en 4 años." (Sentencia del 27 de julio de 2011, expediente 2011- 725, C.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila)

9. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del C.P.C.

En el presente caso no se condenará en costas a la parte vencida, acogiendo los siguientes argumentos del órgano de cierre de la Jurisdicción:

“El criterio de aplicación de las normas sobre condena en costas en desistimiento de la demanda, debe atender al carácter del conflicto suscitado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal y como lo planteó el recurrente, la filosofía de esta figura en el derecho civil es diferente a la ventilada en asuntos como el de la referencia por el carácter público de una de las parte en conflicto, que entre otras cosas, ha justificado en Colombia la existencia de una jurisdicción especializada e independiente de la ordinaria.

En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia¹⁷, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso. (...)¹⁸

Es decir que, en materia de costas, aún bajo la égida de la Ley 1437 de 2011 no cabe la condena automática a la parte vencida, sino que habrá que considerar: (i) la naturaleza de los conflictos que se resuelven en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no tienen un contenido puramente económico, sino que está involucrado el interés público y el reclamo de derechos de los ciudadanos ante la administración, ámbito distinto al de la jurisdicción civil, así como las circunstancias particulares del caso. (ii) el fundamento de las costas procesales es sancionar el abuso del derecho o el desgaste judicial innecesario, por ello cabe el análisis de la conducta de las partes en el debate, las costas no pueden ser impuestas atendiendo simplemente el razonamiento objetivo de ser vencido en juicio. En este caso no observa el Despacho que alguna de las partes haga uso temerario del recurso judicial, ni está demostrado que la administración haya desconocido los deberes que le impone el artículo 10 del C. P. A. C. A., razón por la cual se abstendrá de imponer condena en costas, pues bajo la nueva interpretación que hace el Consejo de Estado del artículo 188 del C. P. A. C. A., cabe aún contemplar en este procedimiento argumentos distintos a ser vencido en juicio, debiendo estudiar el Juez las características particulares de cada debate antes de

¹⁷ Sentencia T-342 de 2008: “Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc.¹⁷. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3º del artículo 393 del C.P.C.¹⁷, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.”

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, 17 de octubre de 2013. Radicación 150012333000201200282. Actor: AUGUSTO VARGAS SÁENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.

condenar en costas, razonamiento que no se tuvo en cuenta en decisiones anteriores sobre este punto.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: Se declara nulo el acto administrativo **No. 2014-84418 de fecha 31 de octubre de 2014**, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste salarial del 20% al demandante, señor BERNULFO RODRIGUEZ CARDENAS (CC No. 5.660.450), conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Caja De Retiro de las Fuerzas Militares a que reajuste y pague en forma indexada la diferencia de la asignación mensual con incidencia en los demás emolumentos salariales y prestacionales del demandante, de modo que corresponda a un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento 60%, desde el 1° de noviembre de 2003 en forma progresiva, hasta cuando fue retirado del servicio por tener derecho a la pensión (30 de noviembre de 2011), pero con efectos fiscales desde el **13 de noviembre de 2011**, por haber operado la prescripción trienal de las diferencias de los reajustes salariales causadas antes de esta fecha, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Se declara nulo el acto administrativo No. 3 **No. 2014-84418 de fecha 31 de octubre de 2014**, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste salarial de la asignación de retiro al demandante, conforme a lo expuesto.

CUARTO.- Como consecuencia de la declaración anterior, se **CONDENA** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación de retiro reconocida a favor del señor **BERNULFO RODRIGUEZ CADENA**, mediante **Resolución No. 3689 del 20 de junio de 2012**, y pagar la diferencia que resulte de aplicar en debida forma el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir el 70% de la asignación básica, más el 38,5% de la prima de antigüedad, tal y como se expuso en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- Se condena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reliquidar y pagar al accionante la diferencia que existe entre el valor pagado y lo que debe incrementarse, de acuerdo con lo ordenado en el numeral anterior.

SEXTO.- Se condena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor del actor, según el índice de precios al consumidor, de conformidad con el inciso final del artículo 187 de la ley 1437 de 2011. Se generarán intereses moratorios sobre las sumas actualizadas a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Radicación 15001333300420150006700
Actor: Bernulfo Rodríguez Cárdenas
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

SEPTIMO.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá cumplir lo resuelto en esta sentencia en los términos de los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO.- No condenar en costas.

NOVENO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

DECIMO.- Notifíquese esta decisión en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

DECIMO PRIMERO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría DEVUÉLVASE al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ