



170

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 11 OCT 2018

DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICACIÓN: 150013333014 2017-00007-00
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA:

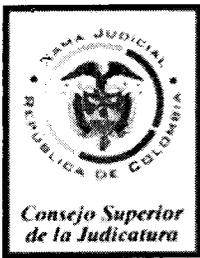
El señor LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO, por intermedio de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, quien plantea que se acojan las siguientes:

1. PRETENSIONES (fls.2 y vto.):

Solicita se declare la **nulidad** del **Acto Administrativo No. 2015-52918 del 31 de julio de 2015**, mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, negó la liquidación de la asignación de retiro, tomado como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% y el reajuste de la prima de antigüedad (fl.28 y vuelto).

A título de restablecimiento del derecho solicita:

- Se reliquide la asignación de retiro, tomado como base de liquidación la asignación básica incrementada en un 60% de conformidad con el Decreto 1794 de 2000.
- Se reliquide la asignación de retiro tomando el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.
- El reajuste de la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitadas.
- Que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación hasta la fecha en que sea reconocido el derecho aludido.



- Que se realice el pago sobre las sumas pedidas, los intereses moratorios e indexación de todos los valores conforme al IPC hasta la fecha de pago.
- Que se ordene el pago de intereses moratorios y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.
- Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls. 3 y 4):

Se enunciaron en resumen los siguientes:

Que el señor LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.

Que terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, fue incorporado como soldado voluntario.

Que el 01 de noviembre de 2003, por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta el momento de retiro del servicio.

Que la Caja de retiro de las Fuerzas Militares, mediante **Resolución No. 565 del 29 de enero de 2015**, le reconoció asignación de retiro.

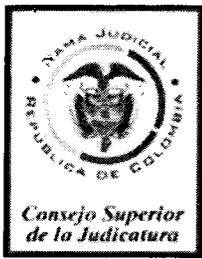
Que el **7 de julio de 2015**, presentó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por el cual solicitó la liquidación de su asignación de retiro, no obstante, fue resuelta desfavorablemente mediante el acto administrativo demandado.

Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidó la asignación de retiro teniendo como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 40%.

Que desde el reconocimiento de la asignación la entidad demandada, viene liquidado la mesada del actor tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante le aplica el 70% determinado de esa forma la mesada a cancelar.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

La parte demandante indica como normas violadas los artículos 1°, 2°, 4°, 13°, 25°, 46°, 48°, 53° y 58° de la Constitución Política; Ley 131 de 1985; Ley 4 de 1992; Ley 923 de 2004; artículo



38° del Decreto 1793 de 2000; artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y artículos 13° y 16° del Decreto 4433 de 2004.

Como concepto de violación de las normas enunciadas el apoderado sustenta que el legislador al disponer la creación del cuerpo de soldados profesionales estableció una reserva legal, en el artículo 38 del Decreto 1794 de 2000, tendiente a garantizar los derechos adquiridos de quienes se incorporaran a esta nueva modalidad de servicio.

Expone que mediante el Decreto 1794 de 2000, el Gobierno Nacional reglamentó el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de soldados profesionales, y en el artículo 1° estableció una asignación básica equivalente a un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario para quienes ingresaran a este cuerpo a partir del 1 de enero de 2001; que de conformidad a lo consignado en el artículo 38° del Decreto 1793 de 2000, relacionado con el respeto a los derechos adquiridos, el Gobierno Nacional estableció un régimen de transición en el inciso segundo del artículo 1° de decreto 1794, aplicable a los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2001, ostentaban la condición de soldados voluntarios, en el sentido de ordenar que estos soldados devengarían un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%), es decir; que los soldados voluntarios que se acogieran al nuevo estatus de soldados profesionales continuarían percibiendo como asignación básica la asignación mensual que se les venía cancelando como soldados voluntarios.

Manifiesta que desde que le fue reconocida la asignación de retiro al actor, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares viene liquidando su asignación tomando como base de liquidación la de un salario mínimo incrementado en un 40%, inaplicando el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, aplicable a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios.

Expone que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, magistrada ponente Sandra Lisset Ibarra Veléz, reconoce el derecho que le asiste a los soldados voluntarios que pasaron como profesionales a que se les reconozca un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

De otra parte, frente a la liquidación de la prima de antigüedad, señala que a través de la Ley 923 de 2004, el legislador creó el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales que presten veinte (20) años de servicio y que en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional reglamentó su reconocimiento, el monto y el procedimiento para su liquidación, indicando que esta prestación sería equivalente a un setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado con un 38.5% de prima de antigüedad.



Indica que de la lectura del artículo 16 del Decreto 4433, se puede observar que para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se parte del 70% de la asignación básica a la cual se le debe adicionar el 38.5% como prima de antigüedad, sin que exista justificación alguna para que la Caja de Retiro le aplique el 70% a la prima de antigüedad, afectando negativamente el valor de la mesada a reconocer al demandante.

Expone que en este caso el desconocimiento del derecho no es de parte del legislador, si no, de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, inaplicada el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, al no tomar la asignación básica que le corresponde, por su condición de soldado profesional y haber sido soldado voluntario y cita como sustento la sentencia del Consejo de Estado de fecha 29 de abril de 2015, dentro del expediente con radicación No. 11001-03-15-000-2015-00801-00.

Señala que en la motivación del acto administrativo que se demandada, la entidad demandada incurrió en causal de *falsa motivación*, al no existir correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hechos y de derecho que se aducen para negar al demandante las peticiones solicitadas, lo que es motivo de nulidad, además quebrantó las disposiciones de jerarquía superior normativa.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

• CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES:

Dentro del término legal establecido la apoderada de la entidad demandada, contesta la demanda manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos (fls.48 a 53):

Señala que el reconocimiento de la asignación de retiro al demandante se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y de acuerdo a lo dispuesto en la Hoja de servicios militares del actor, conforme a lo establecido en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Como argumentos de defensa sustenta los siguientes:

1. "LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES"; señala que actualmente la norma que regula la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es el Decreto 4433 de 31 diciembre de 2004, norma de carácter especial que prima sobre las generales.



2. “*NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD*”; refiere que cada uno de los miembros de la Fuerza Pública cuentan con disposiciones especiales diferentes que regulan sus prestaciones, bien se trate de oficiales o suboficiales, miembros de la Policía Nacional, personal civil o soldados profesionales y que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho de igualdad por cuanto fue el mismo legislador el que estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004.

3. “*NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD*”; indica que en el caso bajo estudio no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos (sic).

4. “*COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO*”; señala que CREMIL no ha realizado actos dilatorios ni encaminados a perturbar el procedimiento, por lo cual solicita no imponer condena en costas y agencias en derecho.

Finalmente, como excepciones previas y de fondo propone las que denomina: “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES EN CUANTO AL REAJUSTE SOLTADO CON EL SMLMV MAS EL 60%*”; “*VINCULACIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA AL PROCESO JUDICIAL EN CALIDAD DE LITIS CONSORTE NECESARIO*” (fls.49 y 50) y “*CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO*”; al respecto el Despacho advierte que frente a estas excepciones se estará a lo resuelto en audiencia inicial realizada el 30 de mayo de 2018 (fls.112 y 1113 vuelto).

III. ACTUACION PROCESAL:

3.1 Audiencia Inicial:

Admitida la demanda por este Juzgado mediante proveído del 02 de mayo de 2017¹ y notificada la parte demandada CREMIL², contestó la demanda dentro del término legal³; una vez corrido el correspondiente traslado de las excepciones⁴ mediante proveído del 08 de febrero de 2018, se fijó fecha para audiencia inicial⁵ la cual fue reprogramada por auto del 08 de marzo de 2018⁶, llevándose a cabo el 30 de mayo de 2018, desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, culminando con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas⁷.

¹Folios 36 y s.s.

²Folios 41 y s.s.

³Folios 48 y s.s.

⁴Folios 81.

⁵Folios 84 y 85.

⁶Folio 90.

⁷Folios 111 y s.s.



3.2 Audiencia de Pruebas: el 26 de julio de 2018, se realizó la audiencia de pruebas, en la cual fue posible incorporar la totalidad de las pruebas decretadas y se ordenó la presentación de los alegatos por escrito⁸.

IV. ALEGATOS:

- **De la parte demandante** (fls.181-185 vto.):

Dentro del término legal el apoderado de la parte actora presenta alegatos de conclusión, en los que reitera los argumentos expuestos en el escrito de demanda y solicita en el *sub lite* la aplicación de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, proferida por el Consejo de Estado, magistrada ponente Sandra Lisset Ibarra Veléz radicado No. CE-SUJ2 85001333300022013-00060-01. De igual forma adjunta copia de la sentencia del 17 de octubre de 2013, proferida por el Consejo de Estado, radicado No. 1500103150002012-01189-01 (fls.141 a 162).

- **De la parte demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** (fls.132 a 134):

Dentro del término legal establecido el apoderado de la entidad demandada allega escrito de alegatos de conclusión, en los que reitera los argumentos expuestos en el escrito de contestación de demanda.

V. CONCEPTO MINISTERIO PUBLICO :

Dentro del término concedido para alegar, la agente del Ministerio Público, emitió concepto No. 080 de fecha 09 de agosto de 2018, en el cual señaló el problema jurídico a resolver, se refirió al acervo probatorio recaudado y realizó un análisis jurídico relacionado con el reconocimiento de la asignación de retiro para el personal de las fuerzas militares, especialmente los soldados profesionales, para concluir que al demandante se le debió reconocer y liquidar su asignación de retiro en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% y no en un 40%, en cuanto el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, norma que sirve de sustento a sus pretensiones le otorga una garantía y el derecho adquirido que debe ser respetado por la entidad encargada de su asignación pensional.

Así mismo, indica que desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la asignación de retiro, la interpretación que CREMIL viene haciendo al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectuar la liquidación no es la correcta y por tanto se configura la causal de nulidad de incorrecta aplicación de la ley respecto del acto acusado.

⁸Ver folios 129 y 130.



Para el caso concreto concluye que debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a CREMIL reliquidar la asignación de retiro reconocida al demandante, y en consecuencia, tener en cuenta en su liquidación el porcentaje previsto en el inciso segundo artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, así como la correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, disponiendo el pago de las diferencias que a la fecha no se hubiesen cancelado, previa verificación de la Resolución No. 8900 del 26 de marzo de 2018, por la cual la accionada ordena el incremento de partida de sueldo en un 20% dentro de la asignación de retiro del demandante, así como el pago indexado de los dineros adeudados.

Finalmente indica que la excepción de prescripción de las asignaciones de retiro no está llamada a prosperar, en tanto la petición de reliquidación fue radicada el 7 de julio de 2016, y la asignación fue reconocida a partir del 31 de marzo de 2015, sin hacer transcurrido más de cuatro años.

VI. ANALISIS PROBATORIO:

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

- **Documentales:**

1. Copia de la Hoja de Servicios No. 3-5771721 del **15 de enero de 2015**, correspondiente al demandante LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO (fls.30 y vto.).
2. Copia auténtica de la **Resolución No. 565 del 29 de enero de 2015**, por medio de la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reconoce y ordena el pago de la asignación de retiro al Soldado Profesional LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO (fl.31 y 32).
3. Derecho de petición del **07 de julio de 2015**, presentado por el demandante ante CREMIL, por medio del cual solicita el reajuste de la asignación de retiro en un 60%, así como la correcta liquidación de la prima de antigüedad (fls.25-27).
4. **Oficio No. 2015-52918 del 31 de julio de 2015**, mediante el cual CREMIL, negó el reajuste de la asignación de retiro (fls.28 y vto.).
5. Copia simple de la **Resolución No. 8900 del 26 de marzo de 2018**, por medio de la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES ordena el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del señor Soldado Profesional LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO (fl.121 a 124).



6. **Oficio No. 2018-4003 del 08 de junio de 2018**, suscrito por la Coordinadora de Grupo de Nomina y Embargo de CREMIL, mediante el cual certifica los valores y porcentajes aplicados a la liquidación de la asignación de retiro del demandante, al momento de su reconocimiento esto es a 31 de marzo de 2015, incluido el porcentaje de la prima de antigüedad (fl.128 y vuelto).

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

A. PROBLEMA JURIDICO:

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos (fl.163 y 165):

Corresponde al Despacho definir si: *¿ se debe declarar la nulidad del Acto Administrativo No. 2015-52918 del 31 de julio de 2015, y en caso afirmativo establecer si el demandante LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro teniendo en cuenta como base de liquidación el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, en virtud de lo previsto en el inciso 2º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, y sobre dicho valor tomar el 70% establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, aplicando la fórmula correspondiente.*

B. TESIS:

De acuerdo con lo expuesto, analizadas la demanda y las alegaciones finales de las partes, el Despacho advierte que los argumentos relevantes, se concretarán en las siguientes:

- **Tesis argumentativa de la parte demandante:**

Considera que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto, el demandante tiene derecho a que CREMIL le reconozca y reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta para el efecto un salario mínimo incrementado en un 60% lo cual viene a constituir el monto de la asignación básica.

Lo anterior, por cuanto el demandante ostentaba la calidad de soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985 y que al 31 de diciembre de 2000, se desempeñaba bajo esa condición, es decir; que había adquirido el derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, de conformidad con el inciso Segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000. Agrega que el accionante, hasta el 31 de octubre de 2003, recibió como asignación mensual, un salario mínimo incrementado en un 60%, no obstante, a partir del mes de diciembre de 2003, el comando del ejército de forma arbitraria e inconsulta, le disminuyó la asignación mensual a un salario mínimo incrementado en un 40% afectando con ello su mínimo vital.

Respecto a la prima de antigüedad manifiesta que se le está realizando un doble descuento pues a pesar que la norma establece que la asignación de retiro está conformada por el 70% del salario mensual adicionado en un 38.5 de la prima de antigüedad, la entidad está sumando el 38.5% al 100% y del valor resultante le está sacando el 70% para reconocer el monto allí establecido como asignación de retiro, por lo cual solicita el reajuste de la referida prima, realizando la correspondiente liquidación en los términos establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.



- **Tesis argumentativa de la parte demandada CREMIL:**

Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectuó conforme a las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y de acuerdo a lo dispuesto en la Hoja de servicios militares del actor y que no existe fundamento en cuanto al reajuste solicitado del 60%. Así mismo, indica que existe una correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro, porque conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo aplica la entidad.

- **Tesis argumentativa propuesta por el Ministerio Público:**

Considera que al demandante se le debió reconocer y liquidar su asignación de retiro en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% y no en un 40%, en cuanto el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, norma que sirve de sustento a sus pretensiones le otorga una garantía y el derecho adquirido que debe ser respetado por la entidad encargada de su asignación pensional. Así mismo, indica que desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la asignación de retiro, la interpretación que CREMIL viene haciendo al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectuar la liquidación no es la correcta y por tanto se configura la causal de nulidad de incorrecta aplicación de la ley respecto del acto acusado.

En consecuencia solicita declarar la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a CREMIL reliquidar la asignación de retiro reconocida al demandante, teniendo en cuenta en su liquidación el porcentaje previsto en el inciso segundo artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, así como la correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, disponiendo el pago de las diferencias que a la fecha no se hubiesen cancelado, así como el pago indexado de los dineros adeudados.

- **Tesis del Despacho:**

El Despacho accederá a las pretensiones de la demanda pues resulta procedente el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional solicitado, por haber sido el demandante soldado profesional y antes soldado voluntario, atendiendo para ello la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, del Consejo de Estado, para quienes se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 y, en virtud del Decreto 1793 de 2000, fueron incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares, quedaron cobijados por el régimen prestacional designado para éstos, pero conservaron, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En consecuencia, se declarará la nulidad del acto demandado.

*En relación a la aplicación del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que, 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**, de allí que, el cálculo de dicha prestación periódica, no parte del salario básico, sino del 70% del mismo, en consecuencia CREMIL deberá Reliquidar en este sentido la asignación de retiro del actor. Así mismo, se dispondrá ordenar que respecto a las sumas que resulten se realicen los descuentos de las ya canceladas por efecto del acto administrativo que ordenó el reconocimiento de la asignación de retiro y la Resolución No. 8900 del 26 de marzo de 2018. De otro lado se observa que en el presente caso no opera el fenómeno jurídico de la prescripción.*

Finalmente atendiendo los parámetros señalados por el Consejo de Estado en sentencia del 2 de junio de 2016, radicado bajo el No. 110010315002015-03273-, se declarará en el sub lite no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la entidad demandada CREMIL.

C. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

Para resolver el problema jurídico, el Despacho hará un estudio argumentativo así:

1. Régimen jurídico aplicable – Cambio de Categorización de Soldados

✦ Voluntarios a Soldados Profesionales.



2. Reconocimiento de la Asignación de Retiro para los Soldados Profesionales.
3. De los derechos adquiridos.
4. De la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016.
5. Del Caso concreto.

1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE - CAMBIO DE CATEGORIZACIÓN DE SOLDADOS VOLUNTARIOS A SOLDADOS PROFESIONALES:

La Ley 131 de 1985, instituyó el **servicio militar voluntario** para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados por el Comandante de Fuerza, quedando sujetos a partir de su vinculación.

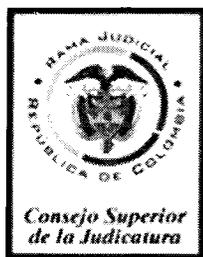
El artículo 4° de la ley en comento, consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%. Posterior a ello, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el **Decreto 1793 de 2000** por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Dicha reglamentación integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000, venían prestando el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985.

En cuanto a la incorporación del personal de soldados profesionales preceptuó el parágrafo del artículo 5, lo siguiente:

“...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 (...).”

Se advierte de toda la normatividad antes descrita, que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, siempre que así lo hubieran expresado, garantizándoles su antigüedad y respetándoles el porcentaje de la “*prima de antigüedad*” a la que tenían derecho.

A su turno, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 dispuso: “*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 (...).*”



Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1794 de 2000**, por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, disponiendo en su artículo 1°:

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

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

El párrafo del artículo siguiente al que se refiere la norma anterior, es decir, el párrafo del artículo 2° del Decreto 1794 de 2000, dispuso:

*“(...) **PARAGRAFO.** 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 (...)”.*

Lo expuesto permite inferir que los Decretos 1793 y 1794 del 2000, en relación con los soldados profesionales, diferencian entre los que **se vinculan al servicio por primera vez, a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000 y los que, en su condición de soldados voluntarios en virtud de su solicitud, fueron incorporados en calidad de soldados profesionales en virtud de su solicitud**, atribuyéndoles efectos distintos en materia salarial a unos y otros, por cuanto para el primer caso, disponen que quienes se vinculaban a partir del 31 de diciembre de 2000, 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 caso, devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

2. RECONOCIMIENTO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES:

El régimen salarial y prestacional para soldados profesionales de las fuerzas militares es el establecido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares y el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004.

Normatividad que concibe la asignación de retiro para soldados **profesionales** como aquella prestación económica pagadera mensualmente después del retiro al soldado o infante que **cumpla** determinados requisitos.



El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, determinó el reconocimiento de la asignación de retiro para soldados profesionales, siempre y cuando reúnan las condiciones allí señaladas. Dice la norma:

*“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.”*

Y los factores a tener en cuenta, son los señalados en el artículo 13 del mismo Decreto tal y como se indica en el numeral 13.2. Soldados profesionales, 13.2.1. El salario mensual conforme el decreto 1794 de 2000 y 13.2.2 el porcentaje de la prima de antigüedad⁹.

En ese orden de ideas, advierte esta Instancia que el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que, 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, de allí que, el cálculo de dicha prestación periódica, no parta del salario básico, sino del 70% del mismo.

3. DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS:

Dentro de los derechos adquiridos que se garantizan en Colombia se encuentran los salarios y prestaciones sociales, a los que se accede con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente en el momento en que se causaron, tal como lo dispone el artículo 58 de la Constitución Política.

Cuando se trata de salarios y prestaciones sociales, existe además el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, en concordancia con lo previsto en el artículo 53 de la Carta.

⁹ 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:

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

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

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



De igual forma, la Carta estipuló que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, adicionalmente, a la luz de los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados.

En repetidas ocasiones la Corte Constitucional se ha referido al concepto de derecho adquirido, y a cuando se debe entender que dejó de ser una mera expectativa. Sobre este punto, en sentencia C-177 de 2005¹⁰ precisó:

“Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

“Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.

(...)

“En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa.'” (Negrilla fuera del texto original).

Estos criterios fueron reiterados más adelante por la misma Corte, en los siguientes términos:

“Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes” (Negrilla fuera del texto original).

En suma, los derechos salariales y prestacionales a los cuales accedieran los soldados profesionales, anteriormente vinculados como soldados voluntarios, a la luz de la normatividad antes revisada, no podían ser desconocidos ni desmejorados, puesto que ya no se trataba de simples expectativas.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 177 de 1º de marzo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



4. DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 25 DE AGOSTO DE 2016:

En sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, Expediente: 3420-2015 el Consejo de Estado, se pronunció sobre el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados que se desempeñaban como voluntarios y luego se incorporaron como profesionales, concluyendo que las prestaciones sociales a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.

Así el reajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestacionales y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, **las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.** El Consejo de Estado fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

“Reglas jurisprudenciales

Primero. De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹¹ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹² es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹³ y 174¹⁴ de los Decretos 2728 de 1968¹⁵ y 1211 de 1990,¹⁶ respectivamente”.

¹¹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹³ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

¹⁴ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹⁵ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹⁶ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.



Tomando en consideración lo antes expuesto el Despacho realizará el análisis del caso concreto.

6. CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso bajo estudio se establece que el demandante pretende la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta como base de liquidación el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, en virtud de lo previsto en el inciso 2º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, y sobre dicho valor tomar el 70% establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad.

Por su parte CREMIL, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectuó conforme a las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y de acuerdo a lo dispuesto en la Hoja de servicios militares del actor.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente tenemos probado lo siguiente:

- Que el demandante señor **LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO** prestó sus servicios al EJÉRCITO NACIONAL, según se acredita en la Hoja de Servicios No. 3-5771721 del **15 de enero de 2015** (fls.30 y vto.), en los siguientes periodos:
 1. *SERVICIO MILITAR (Soldado Regular): desde el 16 de junio de 1994 hasta el 10 de diciembre de 1995.*
 2. *SOLDADO VOLUNTARIO: desde el 10 de enero de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003.*
 3. *SOLDADO PROFESIONAL: desde el 01 de noviembre de 2003 hasta el 31 de marzo de 2015.*
- De lo anterior se establece que el actor durante el periodo comprendido entre el 10 de enero de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003, estuvo vinculado como soldado Voluntario y por Disposición de las Fuerzas Militares de Colombia Ejercito Nacional, a través de la Orden Administrativa de Personal N° 001175 del 20 de octubre de 2003, se ordenó incorporar como soldados profesionales a los soldados voluntarios, que manifiesten su intención de ser incorporados al régimen de carrera y prestacional señalados en los Decretos 1793 y 1794 del 2000, según se observa de la hoja de servicios (fl.32).
- Que mediante la **Resolución No. 565 del 29 de enero de 2015**, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al **Soldado Profesional LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO**, liquidándola así (fl.31 y 32):



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

Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004...”.

- Que como liquidación de la asignación de retiro del soldado profesional LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO, CREMIL fijo la siguiente (fl.128 vuelto):

SUELDO BÁSICO		: \$ 902.090,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38,50	: \$ 347.304,65
SUBTOTAL		: \$ 1.249.394,65
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70,00%	
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO:		: <u>\$ 874.576</u>

De acuerdo a lo probado en el caso del señor LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO, se tiene que fue soldado voluntario desde el 10 de enero de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003, devengando una bonificación conforme a la Ley 131 de 1985, equivalente a un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%; posteriormente al ser incorporado como soldado profesional a través de la Orden Administrativa de Personal N° 1175, a partir del 01 de noviembre de 2003, devenga el salario mínimo legal vigente aumentado en un 40% hasta la fecha de su retiro del servicio esto es, el 31 de marzo de 2015.

Bajo estos parámetros, haciendo eco de la Jurisprudencia de Unificación señalada en precedencia, y en armonía con lo estipulado por el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, se advierte que el demandante, tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, teniendo en cuenta el salario mínimo mensual incrementado en un 60% y no en un 40% como se realizó.

Lo anterior por cuanto el demandante se desempeñó inicialmente como soldado voluntario y luego fue incorporado como soldado profesional, lo que no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁷ equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793¹⁸ y 1794¹⁹ de 2000 **garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos** de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones, respecto al tema en múltiples pronunciamientos el Tribunal

¹⁷ Ib.

¹⁸ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.



Administrativo de Boyacá²⁰ y el Honorable Consejo de Estado, entre otras, **en sentencia de tutela de dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), Consejera Ponente María Elizabeth García González, Expediente núm. 11001-03-15-000-2015-03273-01, accedieron al derecho reclamado.**

Así las cosas, en el *sub examine*, el demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del **Acto Administrativo No. 2015-52918 del 31 de julio de 2015**, mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la liquidación de la asignación de retiro, equivalente al 20% correspondiente a la diferencia entre lo que venía devengando y lo que efectivamente debía percibir como soldado profesional, en aplicación del inciso 2º, del artículo 1º, del pluricitado Decreto Reglamentario 1794 de 2000, por lo que se ordenará que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reliquide la asignación de retiro del accionante.

Ahora, no pasa por alto el Despacho que una vez se declaró fracasada la etapa de conciliación en audiencia inicial realizada el 30 de mayo de 2018 (fl.111 a 116), el apoderado de la entidad demandada CREMIL, aportó copia simple de la **Resolución No. 8900 del 26 de marzo de 2018**, por la cual se ordena el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del demandante LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO (fl.121 a 124).

Por tanto, revisado el contenido de la referida resolución, advierte el Despacho que contra la misma procedía el recurso de reposición, desconociéndose a la fecha si esa decisión se encuentra en firme y así mismo no se puede verificar como se reconoció y liquidó el retroactivo y si ya fue pagado al demandante, para tenerla en cuenta al momento de reconocer el derecho en el caso bajo estudio.

Adicionalmente, se puede constatar que en la referida resolución la entidad únicamente ordena el incremento del 20% del sueldo básico y el pago de los valores que resulten de dicho incremento sobre las mesadas causadas a favor del actor a partir del 31 de marzo de 2015, pero no se precisa en forma clara que el reajuste de la asignación de retiro, debe hacerse teniendo en cuenta como cuantía el setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en concordancia con el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

De igual forma se advierte que la entidad demandada **no dijo nada sobre el pago indexado** de los dineros resultantes de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas

²⁰ Ver providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en fecha quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) exp. 150013333003-2014-00056-01. MP JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI; y de manera reciente en fecha 10 de marzo de 2017, del Dr. FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS, Rad N 2016-00008.



efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro, pretensiones que también fueron solicitadas en vía administrativa por el demandante como se puede constatar a folio 27 del expediente.

Por tanto, se impone para el caso bajo estudio, declarar la nulidad del acto administrativo demandado y ordenar a título de restablecimiento del derecho, a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la reliquidación de la asignación de retiro del accionante, teniendo en cuenta como cuantía el setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en concordancia con el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), **ordenándose respecto a las sumas que resulten los descuentos de las sumas ya canceladas por efecto del acto administrativo que ordenó el reconocimiento de la asignación de retiro y la Resolución No. 8900 del 26 de marzo de 2018.**

Finalmente se ordenará el pago indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre el reajuste solicitado y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro.

- ***De la prima de antigüedad:***

Al respecto, en cuanto al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se advierte que al 70% del salario mensual debe adicionarse el 38.5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad.

En el caso del señor LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO, se tiene probado con la documental obrante a folio 128 y vuelto, que la entidad le liquidó la asignación de retiro, sumando el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2015, incrementado en un 40%, aplicando a ese valor el 70%, y a ese porcentaje le aplicó el 38.5% para determinar la prima de antigüedad, subtotal al que sumo el subsidio familiar; razón por la cual se incumplió la ley y lo ordenado en la Resolución que reconoce la asignación de retiro.

En consecuencia, la demandada efectuó una interpretación errónea del artículo en mención, toda vez que de la lectura de dicha norma puede concluirse que, es solo del salario básico mensual del cual se obtiene el 70%, valor que debe adicionarse el 38.5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad; en ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada, implicaría que al valor reconocido de la prima de antigüedad se le hiciera una doble reducción: la del porcentaje del 70% que la norma le asigna al salario básico mensual y, posteriormente, la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma, interpretación que va en contravía de la garantía



de los derechos del actor, por lo que ha de aplicarse la interpretación más beneficiosa.

En consecuencia, la demandada efectuó una interpretación errónea del artículo en mención, por lo que ha de aplicarse la interpretación más beneficiosa; razón por la que respecto del **Acto Administrativo No. 2015-52918 del 31 de julio de 2015**, mediante el cual negó la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en los artículos 16° del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 del demandante, se logró desvirtuar la presunción de legalidad que contienen por regla general todos los actos expedidos por las instituciones gubernamentales.

En conclusión, el referido acto administrativo, se encuentra viciado de nulidad por cuanto, le asiste razón a la parte demandante, ya que el señor LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO tiene derecho a que su asignación de retiro sea reliquidada, tomando como base de salario, el establecido en el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente y aplicando lo señalado en el Decreto 4433 de 2004, artículo 16 esto es, del salario antes mencionado, deberá aplicarse el 70%, y a este valor que resulte, se le adicionará el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

En consecuencia, se ordenará a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reconocer y pagar a favor del actor la diferencia de la asignación mensual que resulte entre lo cancelado y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, aplicando la siguiente fórmula:

(Salario mínimo adicionado en un 60% x 70%) + (prima de antigüedad *38.5%).

- ***De la excepción de Falta de Legitimación en la causa por pasiva propuesta por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL:***

La parte vinculada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL propuso a folios (fls.49 y 50) la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, bajo la cual sustenta que el reajuste salarial debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional, por ser la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública y, consiguientemente ser la entidad que expide la Hoja de Servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Al respecto, indica el Despacho que el Consejo de Estado en sentencia del **2 de junio de 2016**, radicado bajo el No. 110010315002015-03273-01, Magistrada Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, precisa que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro únicamente se requiere la hoja de servicios expedida por la Nación- Ministerio de



Defensa - Ejército Nacional para verificar el cumplimiento de los requisitos objetivos, tales como, tiempo y edad, y no para determinar las partidas computables, pues es la propia normativa, más las interpretaciones de la Jurisprudencia Contenciosa y Constitucional las que establecen los parámetros que debe seguir la Caja Pensional para reconocer dicha prestación.

Así mismo, señala que tratándose de soldados retirados la entidad competente para resolver su reclamación pensional es CREMIL. Así se pronunció:

“...Aunado a lo anterior, es menester resaltar que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como lo reconoce el propio Despacho Judicial accionado, es el competente en materia salarial para los uniformados que se encuentran en servicio activo; sin embargo, el actor era un soldado retirado al momento de la interposición de la demanda, por lo tanto la entidad competente para resolver su reclamación era CREMIL.

Para la Sala, no es de recibo exigirle a un exsoldado voluntario convertido a profesional y amparado por el régimen de transición ya referido, que antes de demandar a CREMIL para obtener la reliquidación de su asignación de retiro, tenga que demandar al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional –previo agotamiento del procedimiento administrativo-, con el único argumento de que éste último era el que se encargaba del pago de su asignación básica mensual cuando se encontraba en servicio activo.

Dicho argumento claramente desconoce que es la propia Ley la que determina cuál es el monto que se le debe pagar como asignación mensual básica a este tipo de soldados, por lo tanto el hecho de que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, no cancelara debidamente el salario del actor, no impide que CREMIL, como entidad competente para reconocer y pagar su asignación vitalicia, pueda liquidar dicha prestación acorde con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

A juicio de la Sala, la liquidación de la asignación de retiro debe hacerse de conformidad con lo establecido en la Ley, independientemente de que el Ministerio de Defensa Nacional, por negligencia, capricho o desconocimiento, se haya equivocado en el pago de la asignación básica mensual del actor cuando éste se encontraba en servicio activo.

Sobre el particular, es importante aclarar que la liquidación de la asignación de retiro que hace CREMIL –no el reconocimiento-, no depende en lo absoluto de pronunciamiento alguno del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como equivocadamente lo señaló el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia controvertida, pues como ya se dijo, es la propia normativa, más las interpretaciones que la Jurisprudencia Contenciosa y Constitucional han hecho sobre la misma, las que establecen sin ambigüedades los parámetros que debe seguir dicha entidad para realizar el trámite referido.

Una cosa es que se necesite revisar la hoja de servicios del uniformado expedida por el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, para constatar el cumplimiento de los requisitos objetivos para el reconocimiento de la prestación vitalicia, como lo es tiempo en la Institución o la edad del soldado y otra muy distinta afirmar que se requiere un pronunciamiento previo de dicha entidad para determinar el monto de la asignación de retiro.

(...)

Cabe resaltar que uno de los argumentos referidos por el Tribunal Administrativo de Boyacá para sustentar la presunta falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, es que dicha entidad no tenía la competencia para modificar la asignación básica mensual que el actor devengaba cuando se encontraba en servicio activo; sin embargo, lo que omite el Despacho Judicial accionado es que para reconocer y determinar el monto de la pensión no era necesario realizar modificación alguna al referido salario, simplemente había que aplicar las normas que regulaban la materia y las interpretaciones jurisprudenciales hechas sobre las mismas.”



De la citada sentencia resulta claro que para la liquidación de la asignación de retiro que hace CREMIL no se requiere de pronunciamiento alguno por parte del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, pues es la propia normativa, más las interpretaciones jurisprudenciales las que establecen las partidas computables.

En consecuencia, atendiendo los parámetros señalados por el Consejo de Estado en la aludida sentencia del 2 de junio de 2016, el Despacho declarará en el *sub lite* no probada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta por CREMIL.

- **De la Prescripción de mesadas:**

En torno a esta materia, es claro que la prescripción es cuatrienal, acogiendo la posición pacífica del Consejo de Estado, y lo señalado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, en concordancia con los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968.

Así las cosas, en el caso bajo estudio se observa que la asignación de retiro del actor fue reconocida a partir del 31 de marzo de 2015, mediante la **Resolución No. 565 del 29 de enero de 2015** (fl.31 y 32), y la solicitud de reliquidación y reajuste fue presentada el 03 de febrero de 2015 (fls.14 y ss.) y la demanda fue presentada el 07 de julio de 2015 (fl.25). En consecuencia, ninguna diferencia pensional se vio afectada por prescripción.

Ahora, como se indicó, al acogernos al precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, es claro que la parte accionante tiene derecho al reajuste solicitado, así que las diferencias en el reajuste reconocido tendrán a su vez los reajustes de Ley y el monto de la condena que resulte, se ajustará tomando como base el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$R = R.H \times \text{índice final} / \text{Índice inicial}$, esto es, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente mesada 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 esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P, el Despacho impone condenar en costas a la parte vencida, esto es la parte demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, y acogiendo la reciente sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016, NI 1291-2014, Sección 2 subsección A. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, que señala el criterio objetivo de valoración para la condena en costas.



De acuerdo a lo anterior, la condena se liquidará por la Secretaria de éste Despacho y seguirá el trámite contemplado en el artículo 366 y ss del C.G.P.

Tomando en consideración el artículo en comento, el juzgado fija las agencias en derecho que se hayan causado dentro del presente asunto, de conformidad al Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, de fecha 5 de agosto de 2016, acto administrativo que en su artículo 5º, numeral 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL, fija como tarifa por la cuantía, cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, de menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. En ese sentido, se fija como agencias en derecho el 4% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de la demanda fue de \$3.607.184 según consta a folio 22 del expediente, en atención a la duración del proceso, la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada, y que corresponde a la suma de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$144.287,00)**.

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, propuesta por la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Acto Administrativo No. 2015-52918 del 31 de julio de 2015, proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES mediante el cual se negó: i) *el reajuste de la asignación de retiro del demandante JANER TELLEZ BONET, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario* y ii) *la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en el artículos 16° del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004* de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho:

- a) **CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a REAJUSTAR Y PAGAR, la asignación de retiro reconocida al señor LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO** identificado con C.C.º 5.771.721, a partir del **31 de marzo de 2015**, teniendo en cuenta



como cuantía el setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en concordancia con el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

- b) **CONDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** a **REAJUSTAR Y PAGAR**, la asignación de retiro reconocida al señor **LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO**, a partir del **31 de marzo de 2015**, aplicando el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al salario básico señalado como partida computable (smlv + 60%), luego de lo cual, y una vez obtenido el resultado de esta operación, deberá adicionarse el valor completo del 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad.

CUARTO: De las sumas que resulten **deberán descontarse las ya canceladas** por efecto del acto administrativo que ordenó el reconocimiento de la asignación de retiro y **la Resolución No. 8900 del 26 de marzo de 2018**, por la cual ordena el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del señor LUIS ENRIQUE MATEUS MORENO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo para ello los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia y aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Así mismo devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Condenar en costas a cargo de la parte demandada CREMIL y a favor del demandante, liquidense por Secretaría.

SEPTIMO: **FIJAR** como Agencias en derecho a cargo de la parte demandada CREMIL y a favor del demandante, la suma de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$144.287,00)** de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: En firme esta providencia, por secretaría remítanse las comunicaciones de que trata el artículo 192, inciso final del CPACA.



Nullidad y Restablecimiento del Derecho
Rad: 150013333014-2017-00007-00
Sentencia

NOVENO: Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DECIMO: Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado. Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

JAVIER HUMBERTO PERERIRA JÁUREGUI
JUEZ

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA	
El fallo anterior se notificó por Estado N.º <u>43</u>	de HOY
12 OCT 2018	siendo las 8:00 A.M.
SECRETARÍA	