REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°.:	**11001-33-42-046-2016-00087-00**
DEMANDANTE:	**ARMANDO ABELLO QUIÑONES**
DEMANDADO:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL -.**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Armando Abello Quiñones, identificado con C.C. N°. 18.921.923 expedida en Aguachica (Cesar), a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL -, con el fin que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

"1) Declarar la nulidad del Acto Administrativo N°. 2015-7562 de fecha 5 de Febrero de 2014 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo primero (1°) del Decreto 1794 de 2000.

2) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a liquidar la asignación de retiro de mi poderdante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (Salario Mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).

3) Declarar la nulidad del Acto Administrativo N°. 2013-52529 de fecha 17de septiembre de 2013 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la liquidación de la partida de prima de antigüedad de conformidad a lo establecido el artículo 16° del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% como prima de antigüedad.

4) Como consecuencia de la anterior declaración en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

5) Que en virtud a las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro de mi representado, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitada en los numerales anteriores.

6) Ordenar 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 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA y 280° del CGP.

7) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192° y 195° del CPACA concordante con lo dispuesto en el CGP (Sentencia C-188/99, expediente 2191 de 24 marzo de 1999).

8) Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.".

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se trascriben:

"1. El señor ARMANDO ABELLO QUIÑONES prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.

2. Una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, fue Incorporó (sic) como soldado voluntario.

3. A partir del 01 de noviembre de 2013 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

4. Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante Resolución N°. 777 de fecha 06 de Marzo de 2012, le reconoció a mi poderdante, asignación de retiro.

5. Desde el reconocimiento de la Asignación de retiro la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, viene liquidando la mesada de mi poderdante teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un cuarenta por ciento (40%).

6. Con fecha 27 de Diciembre de 2013, radicado N°.20130117247, mi poderdante 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 inciso segundo del artículo primero (1°) del Decreto 1794 de 2000.

6. Con fecha 05 de febrero de 2014 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, mediante acto administrativo Radicado N°. 2014-7562, negando las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

8. Desde el reconocimiento de la Asignación de retiro a mi poderdante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la viene aplicando el setenta por ciento (70%) al salario mensual así como a la prima de antigüedad.

9. El artículo 16° del decreto 4433 de 2004 establece que la asignación de retiro de los soldados profesionales es equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

10. Con fecha 30 de Agosto de 2013, radicado N°. 20130077211, mi poderdante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que la liquidación de su asignación de retiro se haga de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, el 70% de la asignación básica adicionado el 38.5% de la prima de antigüedad.

11. con fecha 17 de Septiembre de 2013 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, mediante acto administrativo de radicado N°. 2013-52529, negando las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1°, 2°, 4°, 13°, 25°, 46°, 48°, 53° y 58°; d**e orden Legal**: Leyes 131 de 1985, 4ª de 1992, 923 de 2004, y los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, como quiera que desde que le fue reconocida su asignación de retiro le ha sido liquidada tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 40%, inaplicando el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo 12° del Decreto 1794 de 2000, del cual son beneficiarios todos los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios. Igualmente, la entidad demandada aplica en indebida forma el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al liquidar la prima del resultado obtenido entre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% (porcentaje prima de antigüedad), y a aquel se le aplica el 70%.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en memorial visible a folios 98-100, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en consideración a que no es posible aplicar el demandante el inciso segundo del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, en consideración a que el numeral 13.2.1 del artículo 13 del 4433 de 2004 indica que el salario mensual para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro es el dispuesto en el dispuesto en el inciso 1° del artículo 1°, que habla solamente del 40%, mas no del 60% como lo pretende el demandante. Asimismo, advierte que el reconocimiento de la asignación de retiro en favor del demandante se ajustó a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo con lo dispuesto en la hoja de servicios, esto es, en cuantía equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante. Ratificó todas las pretensiones contenidas en la demanda, por lo cual, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Indicó que las actuaciones adelantadas por la Entidad demandada se ajustan a la ley, razón por la cual no hay lugar a reconocerse el derecho pretendido por la parte actora. Finalmente solicita no se condene en costas a la entidad demandada.

Ministerio Público: Guardó Silencio.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *"Se debe establecer si el señor Armando Abello Quiñones tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, le reajuste su asignación de retiro, teniendo en cuenta los porcentajes fijados en la ley para la asignación básica y la prima de antigüedad, en los términos señalados en las pretensiones de la demanda".*

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. El señor Armando Abello Quiñones prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado regular desde el 19 de octubre de 1989 hasta el 27 de abril de 1991. Posteriormente se vinculó como soldado voluntario desde el 01 de septiembre de 1992 hasta el 31 de octubre de 2003 y a partir del 01 de noviembre del mismo año se incorporó como soldado profesional (folio 11).

2. Mediante Resolución N°. 777 de 06 de marzo de 2012[1], la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro al demandante.

3. Los días 30 de agosto y 27 de diciembre de 2013, el señor Armando Abello Quiñones, mediante apoderado judicial, presentó derechos de petición[2] ante la Caja de retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, en las cuales solicitó el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el salario mínimo legal incrementado en un 60% y la Prima de Antigüedad en un porcentaje al 38.5% adicionado a la asignación básica.

4. La entidad demandada mediante Oficios Nos.[3] 2013-52529 de 17 de septiembre de 2013 y 2014-7562 de 05 de febrero de 2014[4], al resolver la petición presentada por el demandante, decidió negar la solicitud de reajuste, por considerar que la asignación de retiro del demandante se encuentra ajustada a derecho.

5. Que según Certificación obrante a folio 14 del expediente, suscrita por el Coordinador Grupo de Gestión Documental (E) de las Funciones de Atención al Usuario, se indica que la asignación de retiro del demandante, para el año 2014, se le liquidó con los siguientes porcentajes y partidas computables:

Concepto	Porcentaje	Valor
Sueldo (SMLV+40%)		$862.400
Prima de antigüedad	38.5% (70% del sueldo)	$332.024

[1] Folios 12-13
[2] Folios 3-5 y 7-9.
[3] Folio 6.
[4] Folio 10.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho efectúa el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

Régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios incorporados como profesionales.

La Ley 131 de 1985 estableció en su artículo 2° 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 reunieran los requisitos para ser aceptados, disponiendo lo siguiente:

> *"**Artículo 2o.** Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*
> ***Parágrafo 1o.** El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.*
> ***Parágrafo 2o.** La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno".*

El artículo 4° ibídem consagró una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en los siguientes términos:

> *"**Artículo 4o.** El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto".*

Atendiendo la normatividad antes referida, se concluye, que el legislador estableció para los soldados voluntarios una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un 60% del mismo salario.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 1793 de 2000, por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales

de las Fuerzas Militares, a través del cual se definió, la condición de Soldado Profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

En lo concerniente a la vinculación de los soldados incorporados en virtud de la Ley 131 de 1985, el parágrafo del artículo 5° del antedicho Decreto 1793 de 2000 consagró la posibilidad de que los Soldados Voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como Soldados Profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y respetando el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho. Así lo dispuso:

> *"**Artículo 5. SELECCION.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*
>
> *En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.*
>
> ***Parágrafo.** 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".*

Así las cosas, los soldados regidos por la Ley 131 de 1985 tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para expresar su intención de incorporarse como soldados profesionales y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el citado Decreto 1793 de 2000, otorgándoles el beneficio de conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de su incorporación. Además ordenó al Gobierno Nacional que al fijar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, lo hiciera *"...con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos"*[5].

Luego, en cumplimiento a la orden dada, se expidió el Decreto 1794 de 2000, "por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", en lo atinente a la asignación salarial mensual de los soldados profesionales consagró:

---

[5] Artículo 38.

*"**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 parágrafo 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 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".*

Conforme a lo anterior, se concluye que el Decreto 1794 de 2000 respetó los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se encontraban incorporados al 31 de diciembre de 2000, que luego se vincularon por voluntad propia como soldados profesionales, debido a que se les mantuvo su retribución mensual correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento, en atención a lo previsto en el artículo 4° de la Ley 131 de 1985; y señaló para los soldados nombrados a partir del 1° de enero de 2001 como profesionales, una contraprestación por el servicio prestado equivalente a un salario mensual igual al salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento del mismo.

En relación a la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, el Consejo de Estado en sede de tutela se ha pronunciado en los siguientes términos:

"(...)
Como ya advirtió la Sala, una vez el Tribunal transcribió las anteriores normas, construyó una argumentación tendiente a concluir que el actor estaba cobijado por el régimen de los soldados profesionales (Decretos 1793 y 1794 de 2000) y que en esas condiciones contaba con beneficios que no tuvo como soldado voluntario, y que solo bajo la Ley 131 de 1985 podía devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuando lo cierto es que el Legislador extraordinario, en la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y por ello previó que solo en ese evento, el salario que los últimos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos soldados que

ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestados sus servicios como voluntarios, pues para ellos el pago sería de "un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario".

Entonces, a diferencia de como lo consideró el Tribunal tutelado, el actor no estaba solicitando la aplicación de dos regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, sino la observancia del régimen de transición previsto en la norma que le era aplicable, esto es, el Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", al proferir la sentencia de 24 de mayo de 2012, incurrió en la irregularidad de naturaleza sustantiva alegada por el tutelante, pues inaplicó, sin razón alguna, el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normativa regía por completo la situación del señor...

En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del tutelante, dejará sin efectos la sentencia censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que profiera una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia, y analice si en efecto el tutelante cumple con los requisitos que establece la normativa aplicable al caso, para haber sido beneficiario, mientras fue soldado profesional, de un salario equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), como lo establece el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000
(...)" [6].

Igualmente, en providencia del 6 de agosto de 2015, señaló:

"(...)
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 prohijar 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[7].

---

[6] Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección quinta, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, sentencia de diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Rad. 11001-03-15-000-2012-01189-01.
[7] Ver artículo 217 de la Constitución Política.

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.
(...)" [8].

Más recientemente la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado[9] unificó su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

"(...)
Primero. *De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,[103] 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,[104] 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,[105] 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 10[106] y 174[107] de los Decretos 2728 de 1968[108] y 1211 de 1990,[109] respectivamente.*
(...)"

En consecuencia, se concluye que el aludido Decreto 1794 de 2000 estableció una diferencia del 20% de la remuneración de los soldados voluntarios que pasaron a

[8] Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 6 de agosto de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. (3583-13).
[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Cartagena de Indias D. T. y C., 25 de agosto de 2016. No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001. No. Interno: 3420-2015. Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional

profesionales respecto de los soldados profesionales vinculados desde el 1° de enero de 2001, obedeciendo ello, a la garantía constitucional de los derechos adquiridos consagrada en el artículo 58 de la Constitución Política.

- **Liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales**

El artículo 16 del Decreto 4433, establece que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio con 20 o más años de servicio, tendrán derecho al reconocimiento de una asignación de retiro, una vez cumplan los tres meses de alta. Asimismo, la referida norma establece la fórmula para calcular o establecer la liquidación de la asignación de retiro, así:

> *"ARTICULO 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."* (Negrilla fuera del texto original).

De acuerdo a la norma en mención, la asignación de retiro que se les debe reconocer a los soldados profesionales es equivalente al 70% del salario contenido en el numeral 13.2.1 más un 38.5% por concepto de Prima de Antigüedad.

Al analizar minuciosamente la precitada norma, observa el Despacho, que la asignación básica a que se refiere dicho artículo es la contemplada en el inciso 1° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir, al salario mínimo mensual legal vigente más el 40% de aquel (140%); sin embargo, como antes se indicó, atendiendo al principio de favorabilidad a aquellos soldados que se encontraban a 31 de diciembre de 2000, vinculados como soldados voluntarios de conformidad con la Ley 131 de 1985, se les debe liquidar dicho factor (sueldo básico) en cuantía equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% (160%), en consideración a la excepción contenida en el inciso 2° del mencionado artículo.

Ahora bien, respecto de la forma de liquidar la prima de antigüedad advierte el despacho que existen dos formas de interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; la primera de ellas, de orden restrictivo, es la aplicada por la entidad demandada, pues suma los valores arrojados por concepto de sueldo y prima de

antigüedad (Asignación de Retiro = Salario + % Prima de antigüedad * 0.70); mientras que la segunda, y que a juicio de este juzgador es la ajustada al sentido literal de la norma, obedece al 70% del sueldo básico **sumado (adicionado)** con el porcentaje de prima de antigüedad (Asignación de Retiro = Sueldo Básico * 0.70 + % prima de antigüedad).

Del análisis anterior, resulta claro para el Despacho, atendiendo no sólo al sentido literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido que al 70% del salario básico se le debe **adicionar** el porcentaje por prima de antigüedad (38.5%), sino también en consideración al principio de favorabilidad. Al respecto se atiende, que el H. Consejo de Estado, en sentencia de 29 de abril de 2015[10], al resolver una tutela en un caso similar al que aquí se debate indicó:

> *"(...)*
>
> *Para la Sala 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 sebe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 700% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo "**Adicionado**".*
>
> *En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal 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 que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de esta se le aplica, además, un 70% que la ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exegesis y lógico entendimiento del mismo.*
>
> *(...)"*

Así las cosas, y recapitulando, se tiene que la liquidación de la asignación de retiro que perciben los soldados profesionales quienes venían vinculados de conformidad con la Ley 131 de 1985 al 31 de diciembre de 2000, se debe liquidar con el equivalente al 70% del salario contemplado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (1 SMMLV +60%) adicionado o sumado con el 38.5% por concepto de prima de antigüedad.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

---

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A", C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicado N°. 11001-03-15-000-2015-00801-00, Actor: José Edgar Moncada Rangel, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3. CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el demandante presta sus servicios en el Ejército Nacional desde el 19 de octubre de 1989. De igual manera, se observa que laboró como soldado voluntario desde el 01 de septiembre de 1992 hasta el 31 de octubre de 2003; y en condición de soldado profesional desde el 01 de noviembre del mismo año hasta el 30 de agosto de 2011 (folio 11).

Igualmente, está demostrado en el proceso que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la Resolución N°. 777 de 06 de marzo de 2012, le reconoció al señor Armando Abello Quiñones, una asignación mensual de retiro, así:

> *"- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 4919 de 2011) 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."*

Que mediante derechos de petición radicados los días 30 de agosto y 27 de octubre de 2013, el actor solicitó a la entidad demandada el reajuste salarial del 20%, así como también, el reajuste de la prima de antigüedad atendiendo a la errónea forma de liquidación de la aquella (folios 3-5 y 7-9), petición que fue denegada mediante Oficio Nos. Consecutivos Nos. 2013-52529 de 17 de septiembre de 2013 y 2014-7562 de 05 de febrero de 2014.

En este orden de ideas, considera el despacho que el señor Armando Abello Quiñones tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como Soldado Voluntario y, con posterioridad, como Soldado Profesional, esto, a partir de la fecha de su incorporación, a saber, 01 de noviembre de 2003, de conformidad con lo previsto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, que dispuso que a los soldados que siendo voluntarios con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1793 de 2000 se vincularon como profesionales, se les debe pagar un sueldo básico equivalente al 60% del salario mínimo mensual legal vigente, más no del 40%.

Es del caso advertir que el hecho que el demandante haya laborado en calidad de Soldado Voluntario y luego como Soldado Profesional, no implicaba la pérdida de

su derecho a percibir el incremento equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, en razón a que con la expedición de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 se garantizó explícitamente la protección de los derechos adquiridos de quienes se incorporaran como Soldados Profesionales a partir de su vigencia.

En consecuencia, y en virtud de lo previsto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el demandante tiene derecho al reajuste salarial del 20%, equivalente a la diferencia entre el salario aumentado en un 40%, que le fue pagado, y un salario mínimo mensual legal vigente más el 60%, que le debió ser cancelado, lo cual tendrá incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales devengadas.

Respecto de la liquidación de la asignación de retiro advierte el Despacho que la misma se debe efectuar, teniendo en cuenta el 70% del salario (inciso 2° artículo 1° del decreto 1794 de 2000), es decir, que para el año 2015[11], el sueldo básico debe computarse, así:

- Salario mínimo $ 644.350
- Salario mínimo + 60% = $ 1´030.960
- Asignación o sueldo Básico = $ 837.655

Al valor anterior, debe sumarse o adicionarse el 38.5% por concepto de prima de antigüedad y el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido al actor a la fecha de retiro. Se precisa que dichos factores se liquidan tomando en cuenta el salario básico aquí ordenado (SMMLV+ 60% de aquel), y no como equivocadamente lo efectúa la entidad demandada, esto es, sobre el 70% del resultado que arroje la sumatoria de la asignación básica y la prima de antigüedad, según se observa en certificación visible a folio 14 del expediente.

Prescripción

Respecto de la prescripción, el despacho se acoge a la tesis expuesta por el Consejo de Estado, que discurrió:

> *"(...)*
> *Ahora bien, en desarrollo de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto 4433 del 31 de*

[11] El Despacho se refiere al año 2015 a manera de ejemplo; sin embargo, el reajuste aquí ordenado deberá efectuarse desde la fecha que se indique en la parte resolutiva del presente proveído.

diciembre de 2004, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y en su artículo 43 dispuso: "Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones revistas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles."

De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador.
(...)
Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional
(...)[12]".

Conforme lo anterior, el Decreto 4433 de 2004 al regular la prescripción, excedió los límites establecidos por la Ley 923 de 2004, razón por la cual se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968[13], el cual consagra que "El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años".

Atendiendo lo dispuesto en las normas precitadas, se tiene que en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la reclamación presentada por el Armando Abello ante CREMIL, el día **30 de agosto de 2013**, lo que quiere decir, que a la luz de la

[12] Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 4 de septiembre de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 25000-23-25-000-2007-00107-01 (0628-08), demandante: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo y demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.
[13] "Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares".

norma transcrita, que las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al **30 de agosto de 2009**, se encontrarían prescritas; sin embargo, como la asignación de retiro le fue reconocida al demandante a partir del **30 de noviembre de 2011**, no hay lugar a declarar la prescripción de derechos.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL-, pagará al demandante las sumas que resulten a favor de éste, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \quad X \quad \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

COSTAS

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"[14].

[14] Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)
4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. (...)

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado[15], en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes", también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "*...en que haya controversia...*" y "*...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*".

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.[16]

---

[15] Expediente No, 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[16] Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: 73001-23-33-000-2013-

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de los Oficios Nos. 2013-52529 de 17 de septiembre de 2013 y 2014-7562 de 05 de febrero de 2014, proferidos por Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de los cuales se negó el reajuste de la asignación de retiro al señor ARMANDO ABELLO QUIÑONES, identificado con C.C. N°. 18.921.923 expedida en Aguachica (Cesar), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** deberá reajustar y pagar al señor ARMANDO ABELLO QUIÑONES, identificado con C.C. N°. 18.921.923 expedida en Aguachica (Cesar), en cuantía equivalente al 70% del salario básico (inciso 2º artículo 1º del decreto 1794 de 2000) adicionado o sumado con el 38.5% por concepto de prima de servicio, conforme todo lo expuesto en la parte motiva, a partir del **30 de noviembre de 2011.**

CUARTO. La entidad demandada deberá pagar la diferencia causada entre el salario percibido y el incremento aquí ordenado, según la formula expuesta en la parte motiva del presente proveído.

QUINTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

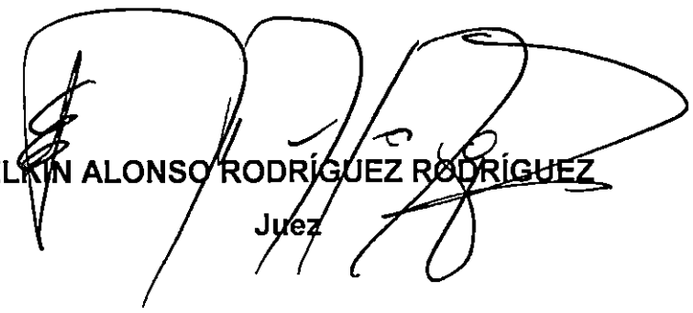
SEXTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

SÉPTIMO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

OCTAVO. Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado 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



ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez