

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2016-00523-00
DEMANDANTE: FERNANDO NIÑO TABERA
**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 Fernando Niño Tabera, identificado con C.C. N°. 86.048.530 expedida en Villavicencio (Meta), 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 de 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°. Que se declare la nulidad del **OF 34912 del 2016-05-24**, donde la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, negó: 1) El incremento o reajuste del 20% en la asignación de retiro; 2) La re liquidación de la asignación de retiro sin afectar o tomar dos veces porcentaje a la partida de antigüedad; 3) La inclusión del subsidio familiar en el 70%; 4) La inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro; al Soldado Profesional (r) **FERNANDO NIÑO TABERA CC 86.048.530**, en la asignación de retiro.*

*2°. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar y reliquidar la asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **FERNANDO NIÑO TABERA CC 86.048.530**, teniendo en cuenta **un 20% adicional**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional conforme al párrafo del Art. 1° del Decreto 1794 de 2000, con incidencia en todas las partidas computables.*

*3°. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **FERNANDO NIÑO TABERA CC 86.048.530**, con la **correcta aplicación del cálculo del valor de las partidas y porcentajes**, sin liquidar o tomar dos porcentajes a la prima de antigüedad, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al Art. 16 del Decreto 4433 de 2004.*

*4°. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de reconocer el **subsidio familiar en un 70%**, en asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **FERNANDO NIÑO TABERA CC 86.048.530**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.*

*5°. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad del Art. 13 del Decreto 4433 de 2004, a tener en cuenta la **duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro**, en asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **FERNANDO NIÑO TABERA CC 86.048.530**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.*

*6°. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, que se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, al reconocimiento y pago, hasta que se haga efectivo en la asignación de retiro, a favor del Soldado Profesional (r) **FERNANDO NIÑO TABERA CC 86.048.530**, el valor sobre las sumas pedidas, los intereses moratorios causados sobre las sumas a deber y la indexación de todos los valores conforme al IPC al momento del pago, liquidadas mes a mes.*

*7°. Que se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a cancelar las agencias en derecho, costas procesales y los honorarios del Abogado que representa al Soldado Profesional (r) **FERNANDO NIÑO TABERA CC 86.048.530**.”.*

1.1.2 Fundamento fáctico

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

“1. El señor **FERNANDO NIÑO TABERA**, ingresó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Voluntario, es decir, antes del 31 de diciembre del 2000, como consta en la hoja de servicios que reposa en el expediente pensional.

2. El salario, primas, prestaciones sociales y demás remuneraciones laborales, devengadas como Soldado Voluntario del señor **FERNANDO NIÑO TABERA**, fueron canceladas con un monto igual a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, hasta el mes de octubre de 2003.

3. Que el Soldado Voluntario **FERNANDO NIÑO TABERA**, para el año 2000, ostentaba la calidad de servidor público, con vinculación laboral, siendo miembro de la Fuerza Pública - Ejército Nacional.

4. El 20 de octubre de 2003, el **EJÉRCITO NACIONAL**, “mediante orden administrativa 1175, realizó el cambio de denominación de soldados voluntarios a soldados profesionales...al personal que tenía la categoría de soldado voluntario se le cambió su denominación a partir del 1 de noviembre de 2003 para dejar una única categoría de soldados...”, incluido el señor **FERNANDO NIÑO TABERA**.

5. Que para el cambio de categoría de Soldado Profesional a Soldado Voluntario, no medio un debido proceso administrativo, donde el demandante expresara su voluntad formalmente de adquirir la categoría de Soldado Profesional.

6. Que el demandante para el mes de octubre de 2003 devengaba un salario de Básico mensual de \$531.200 (UN SMLMV + 60%); posteriormente para el mes noviembre de 2003, con el cambio de categoría a soldado profesional se pagó un sueldo básico de \$464.800 (UN SMLMV + 40%).

7. Que para el mes de noviembre de 2003, y desde esta época en adelante, se canceló la asignación básica mensual, la prima de antigüedad, la prima de servicio anual, la prima de vacaciones, la **prima de navidad**, las cesantías y el subsidio familiar, del señor **FERNANDO NIÑO TABERA**, fundamentada en un monto de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 40%.

8. Que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**, con **Resolución 1097 del 2016-FEB-17**, reconoció el derecho a la asignación de retiro a favor del señor **FERNANDO NIÑO TABERA**.

9. Que en el acto administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro, el **CREMIL** liquidó la prestación pensional del sueldo básico, teniendo en cuenta UN SMLMV + 40%; así mismo, quedó afectada la partida de la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

10. Que el **CREMIL** para liquidar la asignación de retiro del señor **FERNANDO NIÑO TABERA**, tomó el sueldo básico, después toma la partida de la prima de antigüedad en un 38.50%, realiza una suma de estas dos partidas;

posteriormente, saca por segunda vez un porcentaje, el 70% para liquidación del derecho, y por último queda el valor total a reconocer.

*11. Que el **CREMIL**, reconoció en el acto administrativo de la asignación de retiro, el subsidio familiar a favor del señor **FERNANDO NIÑO TABERA**, en el 30% del valor reconocido en actividad.*

*12. Que el **CREMIL**, no incluyó como factor o partida en la asignación de retiro, la duodécima parte de la prima de navidad devengada por el actor en actividad, como consta en la certificación que hace parte de las pruebas.*

13. Que reposa en el expediente administrativo, Registro Civil de Nacimiento de los menores, y que tiene sociedad conyugal de hecho vigente.

*14. Que se suscribió derecho de petición el **DP 20160503** ante el **CREMIL**, con las siguientes pretensiones: **1)** Que se incluyera el 20% adicional en la asignación de retiro, reliquidación el derecho pensional teniendo en cuenta **UN SMLMV + 60%**; **2)** Que se reliquidara la asignación de retiro tomando los porcentajes independientemente, es decir, sin computar o tomar dos veces porcentaje a la partida de la prima de antigüedad; **3)** Que se reconociera y se incluyera el subsidio familiar en un 70%; **4)** Que se incluyera la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes a la fecha de retiro; **5)** Que se actualizara el derecho de la asignación de retiro; **6)** Que se expidiera copia electrónica del expediente administrativo.*

*15. Que el **CREMIL**, mediante **OF 34912 del 2016-05-24**, contestó la petición de forma negativa.*

*16. Que el **CREMIL**, expidió el expediente administrativo que dio origen a la asignación de retiro, de forma electrónica que hará parte de las pruebas en este medio de control, aportado en la misma forma.*

*17. Que en el acto administrativo expedido por el **CREMIL**, que conocemos, no se concedió o no se consignó los recursos que legalmente procedían y ante qué autoridad se debían interponer.*

(...)"

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 5, 13, 29, 42,43,44, 48, 53, 93 y 150.

De orden Legal: Ley 4º de 1992, Artículo; Ley 1437 de 2011, Decreto 1793 del 01 de septiembre de 2000, Decreto 1794 del 01 de septiembre de 2000, Ley 923 de 2004, Decreto 4433 de 2004, Decreto 116 de 2014, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Art. 2 derecho a la igualdad, Art. 14 derecho al trabajo y a una justa retribución, art.18 derecho de justicia; La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José); obligación de

respetar los derechos, Art. 8.1 garantías judiciales; El Convenio Internacional del Trabajo N° 111 (Ley 22 de 1967).

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 no existe fundamento constitucional o legal que permita haber disminuido en cuantía del 20% el salario de los soldados que siendo voluntarios pasaron a ser profesionales. El decreto 1794 en su artículo 1º consagró el respeto por los derechos adquiridos y no desmejoró los salarios y prestaciones para quienes ostentaban la calidad de Soldados Voluntarios, vinculados antes del 31 de diciembre de 2000. 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 porcentaje prima de antigüedad (38.5%), y a aquel se le aplica el 70%. Se deben incluir como partidas computables de la asignación de retiro la duodécima de la prima de navidad y el subsidio familiar, emolumentos estos percibidos en actividad, por ello, deben reconocerse por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en memorial visible a folios 33-42, 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 1º 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 inciso 1º del artículo 1º, que dispone solamente del 40%, mas no del 60% como lo pretende el accionante. Asimismo, advierte que el reconocimiento de la asignación de retiro en favor del actor 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. Advierte, que de acuerdo a la normatividad vigente no es posible incluir el subsidio familiar y la prima de navidad como partidas computables dentro del reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales.

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. Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, atendiendo al precedente judicial que sobre el asunto objeto de debate ha proferido el Consejo de Estado. Reitera los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda.

Parte demandada: Ratifica todos los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Solicita tener en cuenta la actuación procesal de la entidad demandada, por tanto, no se deberá condenar en costas.

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 *"Si el señor Fernando Niño Tabera 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, la prima de antigüedad, y se incluyan como partidas computables el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad, en los términos señalados en la demanda”.

2.2 Hechos probados

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

1. El señor Fernando Niño Tabera prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado regular desde el 23 de noviembre de 1994 hasta el 17 de mayo de 1996. Posteriormente se vinculó como soldado voluntario desde el 01 de septiembre de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003 y a partir del 01 de noviembre del mismo año se incorporó como soldado profesional (folio 4).
2. Mediante Resolución N°. 1097 de 17 de febrero de 2016¹, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro al demandante.
3. El día 03 de mayo de 2016, el señor Fernando Niño Tabera, mediante apoderado judicial, presentó derecho de petición² ante la Caja de retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, en el cual solicitó el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el salario mínimo legal incrementado en un 60%, y la Prima de Antigüedad, el subsidio familiar y la prima de navidad.
4. La entidad demandada mediante Oficio Consecutivo N°. 2016-34914 de 24 de mayo de 2016³, 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.

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.

¹ Folios 5-6.

² Folios 9-11.

³ Folio 12.

2.3.1 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° ibidem 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”⁴.

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:

“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

⁴ Artículo 38.

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 (...)"⁵.

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 constitucional⁶.

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.

⁵ 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.

⁶ Ver artículo 217 de la Constitución Política.

(...)”⁷.

Más recientemente la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸ 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 10¹⁰⁶ y 174¹⁰⁷ de los Decretos 2728 de 1968¹⁰⁸ 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 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.

⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 6 de agosto de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. (3583-13).

⁸ 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

2.1.2 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 1º 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 2º 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 2015⁹, 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 se debe 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 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 (1 SMMLV +60%) adicionado o sumado con el 38.5% por concepto de prima de antigüedad.

⁹ 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.

2.1.3 Del subsidio Familiar y la prima de navidad para Soldados Profesionales

Se tiene que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece las partidas computables para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro en favor de los soldados profesionales, así:

“13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

De la norma citada se infiere inequívocamente que tanto el subsidio familiar como la prima de navidad, no son partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales; sin embargo, el Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos¹⁰, ha indicado que el precitado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (arriba citado) vulnera el derecho a la igualdad, como quiera que establece un trato diferenciado respecto de los soldados profesionales sin que exista razón justificable. Al respecto dicha corporación, en sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2013-01821-00, expresó:

“En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó para los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión. Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales. Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, sentencia de 29 de abril de 2015, 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; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, C.P. Dra. María Elizabeth García González, Radicado N°. 2014-02292-01, Actor: Omar Enrique Ortega Flórez.

*En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita...
(...)”*

Ahora bien, mediante el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014¹¹, se dispuso que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina profesionales de las Fuerzas Militares tendrán derecho a que se les incluya como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez el 30% del valor devengado por concepto de subsidio familiar. En efecto, el contenido literal de la mencionada norma dispone lo siguiente:

“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor, el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

No obstante, lo anterior, el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014¹² (anterior al Decreto 1162 de 2014), creó el Subsidio Familiar para Soldados Profesionales que no percibieran dicho factor regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, empero, en la referida norma, respecto de la inclusión de del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, se dispuso lo siguiente:

“Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

¹¹ “Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”.

¹² “Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones”.

Atendiendo lo aquí expuesto, se advierte que existe una divergencia entre el porcentaje sobre el cual se debe liquidar el subsidio familiar en la asignación de retiro que perciben los soldados profesionales, toda vez que el decreto 1161 de 2014 determinó que es el 70%, mientras que el Decreto 1162 estableció que es el 30%, por lo tanto, si se aplicará el criterio de interpretación "*lex posterior derogat priori*", que hace referencia a que la ley posterior deroga la ley anterior, debería el despacho aplicar lo dispuesto en esta última norma; sin embargo, y atendiendo a que la discrepancia normativa recae sobre disposiciones de carácter laboral, debe, en aplicación del principio de favorabilidad normativa contenido en el artículo 53 de la Constitución Nacional, aplicarse aquella que sea más benéfica al trabajador, es decir, el Decreto 1161 de 2014.

En consecuencia, en las asignaciones que perciben los soldados e infantes de marina profesionales, debe incluirse el subsidio familiar en la proporción que indica el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014, esto es, en un porcentaje equivalente al 70% de lo percibido por dicho emolumento en actividad.

Finalmente, respecto de la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como emolumento computable para la asignación de retiro que perciben los soldados e infantes de marina profesionales, este despacho replica los argumentos esgrimidos por el Consejo de Estado en providencia de 17 de octubre de 2013, arriba citada, como quiera que no se encuentra justificada la desigualdad existente entre el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares respecto a los soldados profesionales, en lo atinente a la inclusión del mencionado rubro como partida computable para determinar la cuantía de la asignación de retiro.

Sobre el particular el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de 24 de noviembre de 2016, preceptuó lo siguiente:

“(…)

De igual forma, respecto de la inclusión como partida computable de la prima de navidad, basta señalar que en virtud del principio de igualdad no se encuentra justificación constitucionalmente válida para que el legislador, dentro de sus facultades de libre configuración, excluyera tal emolumento como factor de la liquidación en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales y se estimará como tal, para efectos de determinar la cuantía de esas prestaciones a los Suboficiales y Oficiales de la misma institución, pues como se ha venido considerando, el soldado profesional... .. no puede ver menguada su asignación de retiro, toda vez que, se estaría generando un perjuicio a quienes se encuentran categorizados en la base de la estructura militar y por ende tienen un salario menor.

(...)”¹³

De acuerdo con lo anterior, este juzgador concluye, que en la asignación de retiro que perciben los soldados profesionales debe incluirse como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad.

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

3. CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el demandante prestó sus servicios en el Ejército Nacional desde el 23 de noviembre de 1994. De igual manera, se observa que laboró como soldado voluntario desde el 01 de septiembre de 1996 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 marzo de 2016 (folio 4).

Igualmente, está demostrado en el proceso que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la Resolución N°. 1097 de 17 de febrero de 2016, le reconoció al señor Fernando Niño Tabera, una asignación mensual de retiro, así:

“- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2552 de 30 de Diciembre de 2015) 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 (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del Subsidio Familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.”

Que mediante derecho de petición de fecha 03 de mayo de 2016, el actor solicitó a la entidad demandada el reajuste salarial del 20%, así como también, el reajuste de la prima de antigüedad y del subsidio familiar, atendiendo a la errónea forma de liquidación de la entidad demandada (folios 9-11); y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad; solicitud que fue denegada por la entidad demandada mediante Oficio N°. Consecutivo 2016-34914 de 24 de mayo de 2016.

¹³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, M.P. Dra. Patricia Victoria Manjarres Bravo, sentencia de 24 de noviembre de 2016, Rad N°. 253073333500120150044900, Demandante: Oliverio Vera; demandado: Cremil.

En este orden de ideas, considera el despacho que el señor Fernando Niño Tabera 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, mas 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 2015¹⁴, 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, el subsidio familiar en el porcentaje determinado en el artículo 5° del Decreto 1161 de 2014 y la duodécima parte de la prima de navidad. Se precisa que

¹⁴ 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 resolutive del presente proveído.

dichos factores se liquidan tomando en cuenta el salario básico aquí ordenado (SMMLV+ 60% de aquel).

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 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
(…) ¹⁵”.*

¹⁵ 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.

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 1968¹⁶, 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 señor Fernando Niño ante CREMIL, el día **03 de mayo de 2016**, lo que quiere decir, que a la luz de la norma transcrita, que las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al **03 de mayo de 2012**, se encontrarían prescritas; sin embargo, como la asignación de retiro le fue reconocida al demandante a partir del **30 de marzo de 2016**, 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:

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

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.

¹⁶ “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”.

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”¹⁷.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁸, 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.

¹⁷ 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 obediencia 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. (...)

¹⁸ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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.¹⁹

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. 2016-34914 de 24 de mayo de 2016, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, por medio del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro al señor FERNANDO NIÑO TABERA, identificado con C.C. N°. 86.048.530 expedida en Villavicencio (Meta), 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 **FERNANDO NIÑO TABERA**, identificado con C.C. N°. 86.048.530 expedida en Villavicencio (Meta), en cuantía equivalente al 70% del salario básico (inciso 2° artículo 1° del decreto 1794 de 2000) adicionado o sumado con el 38.5% por concepto de prima de antigüedad, el subsidio familiar en el porcentaje determinado en el artículo 5° del Decreto 1161 de 2014 y la duodécima parte de la

¹⁹ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: María Elena Mendoza Sotelo. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional

prima de navidad, conforme todo lo expuesto en la parte motiva, a partir del **30 de marzo de 2016**.

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.

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