

Señores

JUZGADOS ADMINISTRATIVOS ORALES DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
POPAYAN

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL : MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE : JOSE SIMON SERRANO CONDE

DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA
NACIONAL

I. DEMANDA

ALVARO RUEDA CELIS, mayor de edad, vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en nombre y representación del soldado profesional JOSE SIMON SERRANO CONDE, igualmente mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía 7.690.153, conforme al poder que me ha sido conferido y en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, presento ante ustedes demanda, contra el Ministerio de Defensa Nacional, representado legalmente por el señor Ministro LUIS CARLOS VILLEGAS, o quien haga sus veces, para que por los trámites del proceso ordinario, se profiera sentencia sobre las siguientes:

II. PRETENSIONES

- 1) Se ordene la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1. Oficio N°. OFI15-33588 MDNSGDAGPSAP de fecha 30 de ABRIL de 2015 mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional negó la Reliquidación de la pensión de invalidez de mi poderdante, tomando como base de liquidación un salario mínimo legal vigente incrementado en un **sesenta por ciento (60%)** del mismo salario. Así mismo negó el reajuste de la pensión de invalidez de mi representado, negando el reajuste de la pensión de invalidez de mi representado, al no conceder la aplicación del porcentaje de pensión de invalidez a la asignación básica se adicionándole el porcentaje de **prima de antigüedad** a que tiene derecho de conformidad a lo establecido en los artículos 16 y 18 del decreto 4433 de 2004.
- 2) Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene al Ministerio de Defensa Nacional a:

2.1. Ordenar la reliquidación de la pensión de invalidez de mi poderdante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000, esto es el **salario mínimo incrementado en un 60 % del mismo salario.**

2.2 Igualmente como consecuencia de la anterior declaración en calidad de restablecimiento del derecho se condene al Ministerio de Defensa Nacional a liquidar la pensión de invalidez de mi poderdante estableciendo que al monto resultante de aplicar el porcentaje de pensión de invalidez a la asignación básica se le adicione el porcentaje de **prima de antigüedad** a que tiene derecho de conformidad a lo establecido en el artículo 18 del decreto 4433 de 2004.

- 3) 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.
- 4) 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.
- 5) Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.

III. HECHOS

1. El señor JOSE SIMON SERRANO CONDE prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional. Una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.
2. A su vez, a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.
3. Mediante Decreto 1793 de 2000, el Gobierno Nacional creó dentro de la estructura de la Fuerza Pública la modalidad de "Soldados Profesionales".
4. El decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 por el cual "establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares", fijó la asignación básica para los soldados profesionales en un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario.
5. En el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 el legislador dejó establecido un régimen de transición aplicable a los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 tenían la condición de soldados voluntarios indicando que estos seguirían percibiendo como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo.
6. Mi representado sufrió una Disminución de la Capacidad Laboral al encontrarse en combate directo con el enemigo, la cual le trajo como consecuencia el retiro de la Institución Militar.

7. El Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resolución N° 2814 del 9 de SEPTIEMBRE de 2009, reconoció pensión por invalidez a mi representado.
8. Desde el reconocimiento de la pensión por invalidez, se liquida la mesada pensional de mi poderdante, teniendo como base de liquidación el salario mínimo más el cuarenta por ciento (40%) del mismo.
9. De igual forma, el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en el artículo 16° establece la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales: el ochenta y cinco por ciento (85%) del salario mensual adicionado en un treinta y ocho por ciento (38,5%), de prima de antigüedad.
10. Mi poderdante al momento de su retiro tenía reconocido como prima de antigüedad el 58,5% de la asignación básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004.
11. Mediante escrito dirigido al Ministerio de Defensa Nacional, se petitionó que en la liquidación de la pensión de invalidez de mi representado, se tomara como base de liquidación establecida en el inciso segundo del artículo primero (1) del decreto 1794 de 2000.
12. Con fecha 30 de abril de 2015 el Ministerio de Defensa Nacional dio respuesta al derecho de petición, mediante actos administrativos N°.OFI15-33588 MDNSGDAGPSAP del 30 de abril de 2015, negando las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa.
13. Se radicó ante la Procuraduría General de la Nación solicitud de conciliación, previa citación al representante legal del Ministerio de Defensa Nacional, con el fin de acordar acuerdo conciliatorio sobre las pretensiones aquí planteadas.
14. El 11 de AGOSTO de 2015, ante la procuraduría 73 Judicial I para Asuntos Administrativos de Popayán, se adelantó la diligencia de conciliación, declarándose esta fallida al no presentarse ánimo conciliatorio por parte del Ministerio de Defensa Nacional, dando así cumplimiento al requisito de procedibilidad.

IV. NORMAS VIOLADAS

Considero que con el desconocimiento del mandato constitucional y de normas legales que protegen la seguridad social, el Ministerio de Defensa Nacional ha trasgredido nuestra Constitución Política en su preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 13°, 25°, 46°, 48°, 53° y 58°. Igualmente desconoció lo contemplado en las Leyes 131 de 1985, Ley 4° de 1992, los Decretos 1793, 1794 de 2000, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

V. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El Estado Social de Derecho consagrado y reconocido en nuestra Carta Magna, tiene dentro de sus fines esenciales garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, estableciendo de igual forma, que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás **derechos**.

Con la expedición de los actos administrativos que se acusan en su legalidad, no se ha garantizado ese fin primordial Constitucional, toda vez que la administración no estudió la petición teniendo en cuenta los postulados Constitucionales y legales establecidos para los soldados profesionales. Por tales razones imputamos como causal o vicio de nulidad de los actos administrativos demandados: **LA VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN y A LA LEY, así como la FALSA MOTIVACION**, toda vez que no existe correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se aducen para negar a mi poderdante las peticiones solicitadas.

I. GÉNESIS DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, SU RÉGIMEN PRESTACIONAL y DERECHOS RECLAMADOS

El Gobierno Nacional con el propósito de enfrentar a la guerrilla que por varias décadas ha generado altos niveles de violencia en todo el territorio nacional, vio la necesidad de contar con un Ejército profesional altamente entrenado en operaciones contrainsurgentes como una de las estrategias tendientes a neutralizar y destruir a estos grupos criminales; por ello mediante el Decreto 1793 de 2000 se creó la modalidad de soldados profesionales, cuerpo conformado por los antiguos soldados voluntarios que manifestaron su deseo de continuar laborando en las Fuerzas Militares, hombres capacitados y entrenados en operaciones contrainsurgentes.

Señor Juez, el Presidente de la República en ejercicio de su labor reglamentaria, al expedir el decreto reglamentario 1794 de 2000, creó la posibilidad para que los soldados voluntarios de las Fuerzas Militares, pudieran ingresar a la nueva figura conocida como soldados profesionales y a manera de motivación se les garantizó que continuarían percibiendo el mismo monto como asignación básica mensual. Creando así bajo este supuesto, un derecho de tipo personalísimo de orden patrimonial que queda incorporado en la mesada del pensionado.

Mediante Decreto 1794 de 2000 el Gobierno Nacional estableció el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales pertenecientes a las Fuerzas Militares, estableciendo en el artículo primero como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario para quienes ingresaran a este cuerpo a partir del 01 de enero de 2001. Sin embargo, con el fin de respetar los derechos ya adquiridos de quienes a 31 de diciembre del 2000 tenían la calidad de soldados voluntarios, en el inciso segundo del mismo artículo se consignó que dichos soldados, seguirían percibiendo una asignación básica que venían percibiendo, esto es, el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, es decir que los **soldados voluntarios que se acogieran al nuevo estatus de soldados profesionales continuarían percibiendo la asignación mensual que venían percibiendo.**

El anterior reconocimiento, hace relación a la existencia de un **"régimen de transición"** creado por el legislador en este caso excepcional, por el Gobierno

¹ La asignación de retiro es el porcentaje mensual de dinero que reciben los funcionarios retirados de la fuerza pública, a partir del momento en que han cumplido con el período mínimo de permanencia dentro de la respectiva institución. En el caso que nos ocupa, el representado por haber sido lesionado protegiendo la soberanía nacional fue objeto de una disminución de la capacidad psicológica que le produjo su retiro de la Institución Militar por concepto de "PENSIÓN DE INVAIDEZ"

Nacional bajo la potestad y desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4° de 1992. Toda vez que se pretendió proteger a quienes se encontraban ya vinculados como soldados desde antes del 31 de diciembre del año 2000. Es así como de la lectura taxativa de la norma, exactamente párrafo segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, encontramos que el reconocimiento diferenciado en un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) es reconocido para aquellos soldados que habían consolidado el derecho al encontrarse como activos de conformidad a la Ley 131 de 1985 en la Institución Militar a 31 de diciembre de 2000, sin exigir ningún otro requisito o criterio para su reconocimiento.

Por lo que debo ser enfático, su señoría al exigir que se cumpla lo dispuesto en la norma referida para la liquidación de la pensión por invalidez de mi representado, pues como se observa de la hoja de servicios aportada, mi poderdante se encontraba activo como soldado de conformidad a la Ley 131 de 1985 en la Institución Militar a 31 de diciembre de 2000.

De igual forma, el legislador promulgó la ley 923 del 2004 en la cual se les reconoce a los soldados profesionales el derecho a acceder previo los requisitos que se establezcan a una asignación de retiro -pensión por invalidez- en el caso en el que tenga derecho debido a la disminución de la capacidad laboral.

TRIPLE AFECTACION DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD EN LA LIQUIDACION DE LA PENSION DE INVALIDEZ

Y en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se dejó consignada la forma como se debe hacer la liquidación de las asignaciones de retiro (pensión por invalidez) de los soldados profesionales, así:

**Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*.*

Como se desprende de la lectura del artículo anteriormente transcrito, el liquidador debe en primera instancia tratándose de pensiones de invalidez: Aplicar el porcentaje de disminución de capacidad laboral al salario básico y el porcentaje reconocido de prima de antigüedad se obtendrá del sueldo básico estos dos resultados sumados son la pensión a pagar.

El Ministerio de Defensa Nacional viene liquidando la pensión de invalidez de mi poderdante, de la siguiente manera: A la asignación básica se saca el 58.5% que corresponde al máximo porcentaje que se reconoce como prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° del decreto 1794 de 2000, al valor resultante le aplican el porcentaje de prima de antigüedad que se le reconoció a mi poderdante de conformidad al artículo 18° del decreto 4433 de 2004, y al monto resultante se le aplica el porcentaje de pensión que tiene reconocido de conformidad

a la pérdida de capacidad laboral sufrida, generándose con ello una triple afectación a la partida "PRIMA DE ANTIGÜEDAD", como lo demostraremos en el siguiente cuadro:

LIQUIDACIÓN ACTUAL CON LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 2004	
SUELDO BASICO CON EL 40%	\$ 902.090
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 58.5 %	\$ 527.723
38.5% DEL 58.5%	\$ 203.173
SUMATORIA DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y LA ASGNACION BASICA	\$ 1.105.263
PENSION DE INVALIDEZ 85 %	\$ 939.474

Como puede observar el despacho, al calcularse el **38.5%** de prima de antigüedad del **58.5%** de la asignación básica y no sobre el 100% de la misma, el valor que resulta viene a ser un **22,5%** de la asignación básica, y si luego se le aplica el **85%** correspondiente al porcentaje de pensión de invalidez la partida prima de antigüedad que viene a reconocérsele a mi poderdante es de un **11, 26%**.

La anterior forma de liquidación es desacertada en el entendido de que cada porcentaje debe ser extraído del salario básico y no de la sumatoria del salario básico más la suma de la prima de antigüedad como se realiza por parte del Ministerio de Defensa. Pues la liquidación debe hacerse de la siguiente manera:

En el siguiente cuadro se presenta la liquidación de la pensión por invalidez con la debida aplicación de los establecido en el artículo 16° del decreto 4433 de 2004.

La correcta liquidación de la pensión de invalidez de mi poderdante, es: se toma la asignación básica correspondiente a un soldado profesional, se le aplica el porcentaje de pensión de conformidad a la pérdida de capacidad laboral y al valor resultante se le adiciona como prima de antigüedad el porcentaje que tenía de conformidad al tiempo de servicio, lo anterior de conformidad a lo establecido en el artículo 18° del Decreto 4433 de 2004.

LIQUIDACIÓN CON LA APLICACIÓN CORRECTA DEL ARTÍCULO 16° DEL DECRETO 4433 DE 2004.	
SUELDO BASICO 60%	\$ 1.030.960
85 % DEL SUELDO BASICO	\$ 876.316
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 38.5 %	\$ 396.920
VALOR DE LA PENSIÓN	\$ 1.273.236

Señor Juez, como se puede observar del análisis de los anteriores cuadros la forma en que el Ministerio de Defensa Nacional está liquidando la pensión por invalidez de mi poderdante es violatoria a lo dispuesto por el legislador en el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

En virtud a lo anterior se puede colegir, que el flagrante desconocimiento de los derechos peticionados por mi poderdante, ha generado una vulneración por parte del Ministerio de Defensa Nacional a normas **Constitucionales y Legales**, violación que se intensifica al tratarse el poticionario de un **DISMINUIDO**

FÍSICO, que requiere una protección reforzada por parte de las entidades Estatales.

II. PROTECCIÓN ESPECIAL AL DISMINUIDO FÍSICO O PSÍQUICO

Ahora, es menester afirmar que en el caso que nos ocupa nos encontramos frente a un reconocimiento especial, como lo es la **PENSIÓN POR INVALIDEZ**², la cual se obtiene como contraprestación económica al haberse generado una disminución de la capacidad laboral de conformidad a lo establecido en la Ley y que conlleve la desvinculación de la Institución Militar. Por lo tanto el personal retirado bajo esta causal "Disminución de la Capacidad Laboral" siempre y cuando ostente un porcentaje de pérdida de capacidad laboral establecido en la Ley, obtiene un reconocimiento de una pensión de por invalidez.

Su señoría, mi representado obtuvo la lesión física en desarrollo de la prestación del servicio por acción directa del enemigo en combate, defendiendo nuestra patria de los grupos insurgentes de la Ley, **quedando como disminuido físico**, condición especial que exige un amparo y protección reforzada por parte de las instituciones Estatales, según lo contemplado Constitucionalmente.³

Sin embargo, dichas Instituciones Estatales, esto es el Ministerio de Defensa Nacional al disminuirles el monto de la pensión de invalidez - al negarse el reconocimiento de las pretensiones de esta demanda en las peticiones realizadas ante la administración- a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, los cuales debido a la confrontación con grupos insurgentes, sufren lesiones personales que les generaron disminución de la capacidad laboral, y al no ser aptos para el servicio son retirados de la Institución Militar, contravienen de manera directa principios fundamentales propios de un Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental la obediencia a las normas con el respeto por la dignidad humana, el mínimo vital, los derechos adquiridos, la salud, la seguridad social entre otros.

La Corte Constitucional frente a los derechos y la protección que les asiste a los discapacitados ha manifestado:

"Los discapacitados constituyen un sector tradicionalmente marginado de la sociedad, aun cuando la discriminación que padecen presenta características diferentes a la que sufren otros conglomerados sociales. La situación de segregación de los discapacitados ha sido objeto de cuestionamientos apenas en las últimas décadas. Sin embargo, como resultado de ello ha surgido la convicción acerca de la necesidad de modificar la percepción sobre los discapacitados y su relación con la sociedad. Por lo tanto, se ha impuesto el concepto de que los Estados y las sociedades deben impulsar su integración para que éstos puedan ejercer sus derechos y asumir responsabilidades. En este sentido se han dictado distintas declaraciones internacionales y, en el caso colombiano, se han expedido algunas leyes que favorecen y respaldan un tratamiento preferencial a estas personas, a través de medidas de diferenciación positiva".⁴

En el caso que nos ocupa el Ministerio de Defensa Nacional, adolece del trato protector y garantista que debe dar a los **disminuidos físicos o psíquicos**, aunado

² "PENSIÓN DE INVALIDEZ-Finalidad: La garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria. De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral". Sentencia T-146/13

³ Artículo 47 Constitución Nacional

⁴ T-207/99 MP. Eduardo Cifuentes

a lo anterior tratándose de la escala menos favorecida dentro de la estructura militar, como lo son los SOLDADOS, tal y como la Corte Constitucional lo ha reconocido:

"SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRAN EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Persona con discapacidad o con alguna enfermedad grave, especial situación de los miembros de la Fuerza Pública

La Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas. Protección que se refuerza cuando es un miembro de la Fuerza Pública, cuya discapacidad sea producto de lesiones sufridas en virtud del cumplimiento de su deber²

(Negrilla propia)

Por último, la Corte Constitucional ha manifestado en sentencia T-131 de 2008 que ésta protección adquiere un matiz particular, cuando la persona afectada en sus condiciones de salud es un agente o servidor del Estado, que en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de las mismas, ha sufrido una considerable disminución en sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales. Así lo consideró la Sentencia T-1197 de 2001, en la cual se dijo:

"En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, personas que por la naturaleza de sus funciones y debido a las actividades que diariamente ejecutan, afrontan riesgos permanentes para su vida e integridad personal y que frecuentemente sufren lesiones severas, en muchos casos irreversibles. La sociedad y el Estado tienen entonces un compromiso particular, pues se trata de garantizar y prestar el servicio de seguridad social, a quienes de manera directa actúan para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades".

En resumen, la Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas. Protección que se refuerza cuando es un miembro de la Fuerza Pública, cuya discapacidad sea producto de lesiones sufridas en virtud del cumplimiento de su deber.

Por lo tanto, estos trabajadores que gracias a su compromiso con el servicio y defendiendo la nación sufrieron una disminución de su capacidad laboral, la cual no les permite continuar laborando en las Fuerzas Militares, adolecen hoy en día de un tratamiento preferencial al encontrarse en una situación de debilidad manifiesta.

Por lo tanto, el Ministerio de Defensa Nacional al desconocer los derechos de mi representado y no reconocer la liquidación de su Pensión por INVALIDEZ, teniendo en cuenta un salario mínimo incrementado en el 60% del mismo salario, y no liquidando en debida forma la prima de antigüedad como partida computable de la pensión por invalidez, vulnera directamente la **Constitución y la Ley** desconociendo además de los postulados ya citados, otros como lo son:

² Ibidem

A. Principio de no discriminación

Una de las garantías Constitucionales sobre las cuales se funda nuestro Estado Social de Derecho, es precisamente el derecho a la igualdad, ya que está constituido precisamente por el deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva, talos como son, la posibilidad de conceder ventajas a grupos disminuidos o marginados y una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es así como el artículo 13 de la Carta Política establece:

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan".

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

Es por ello que cuando el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL mediante los actos administrativos objeto de estudio, niega la liquidación de la pensión de invalidez de mi poderdante tomando como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60% fijada en inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, omite el mandato constitucional⁶ y legal que indica la obligatoriedad de tener en cuenta para determinar la mesada pensional los ingresos percibidos por el trabajador, comportamiento que no obedece un actuar razonable por parte de la administración, generando con ello un trato discriminatorio y desigual que desvirtúa la adecuada aplicación de la Constitución Política con referencia al principio fundamental de la igualdad.

Evidenciamos que en el tema de la liquidación de las pensiones de invalidez de los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios tomando como base de liquidación una asignación por debajo de la establecida en los decretos reglamentarios al que tiene derecho, se le está dando un tratamiento discriminatorio a mi poderdante, en abierta contradicción con el artículo 13º de la Carta Política, toda vez que en este sistema, no existe justificación alguna que legitime a la administración estatal omitir los principios del comentado Estado Social de Derecho, que amerite la aplicación de un trato diferenciador que desmejore las condiciones del personal de la fuerza pública, siendo que existe la premisa constitucional de un trato igualitario y equiparado a todos los pensionados de Colombia.

⁶Corte Constitucional, sentencia T7 611 de 2002.

De esta forma, cuando se está ante la aplicación de un régimen pensional que cobija a los integrantes de la fuerza pública, dándole tratamiento discriminatorio a los soldados profesionales respecto de los demás integrantes, ya que de conformidad con los decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, oficiales, suboficiales y agentes de policía se les liquida la asignación de retiro tomando como base de liquidación el último salario; a los soldados profesionales que ingresaron al servicio del Ejército Nacional antes del 31 de diciembre de 2000, se les toma como base de liquidación una asignación de menor valor, afectando con ello su mínimo vital y su patrimonio, lo que tienden al desconocimiento del derecho a la igualdad, cuando se otorga un trato diferente a las personas que se encuentran en la misma situación de hecho referente a los derechos pensionales.

El legislador en la ley 923 de 2004, "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá 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" en el artículo segundo dejaron claramente consignadas las facultades que mediante esta Ley Marco podía el Ejecutivo reglamentar el sistema de pensiones de este grupo de personas.

El artículo 2° de la ley 932 se consignó:

"Artículo 2°. *Objetivos y criterios.* Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios (negrilla y subrayado es nuestro)

2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución". (Negrilla y subrayado es nuestro)

Señor Juez como se puede observar de la transcripción anterior de los fundamentos establecidos en la ley marco de pensiones aplicable a la Fuerza Pública, el legislador dejó claro que cuando se reglamentara la Ley, ésta no podía desconocer el derecho a la igualdad.

Por las anteriores consideraciones y en vigencia del derecho fundamental a la igualdad se solicita al despacho, que ordene al Ministerio de Defensa Nacional a liquidar la pensión de invalidez de mi poderdante tomando como base de liquidación la asignación mensual establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000, así mismo se ordene la correcta liquidación de la prima de antigüedad.

B. Los Derechos Adquiridos

La Corte Constitucional ha sido enfática en la construcción de línea jurisprudencial, en la cual se ha establecido que los cambios en la ley laboral se aplican a las relaciones de trabajo vigentes, independientemente de si son favorables o desfavorables para los intereses del trabajador, siempre y cuando el trabajador no tenga ya un derecho adquirido a que se aplique la anterior normatividad, por cuanto

ya había reunido los requisitos necesarios para poder acceder al derecho cuya reglamentación fue modificada; en la misma medida, la Corte ha establecido que cuando un trabajador ya cumplió con los requisitos necesarios para poder acceder a un derecho, las nuevas leyes laborales que modifiquen los requisitos para acceder a ese derecho no le pueden ser aplicados.

En la Sentencia C-781 de 2003 la Corte Constitucional, corroboró su jurisprudencia sobre la diferencia que existe entre los derechos adquiridos y las meras expectativas, resaltando que el legislador a bien tiene modificar las normas laborales, sin más límites que los que le impongan la Constitución y los derechos fundamentales de las personas.

La Corte ha establecido:

"(...) el artículo 53 del Ordenamiento Superior dispone que la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores. Y en el mismo sentido se orienta el artículo 58 ibidem al señalar que *"se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores"*. De modo que una vez se ha consumado la situación jurídica e individual, y constituido así el derecho concreto, los derechos laborales entran al patrimonio de la persona y son intangibles frente a la nueva legislación.

Sobre la intangibilidad de los derechos adquiridos la Corte ha expresado:

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

Así mismo, la Corte ha manifestado que el principio de irretroactividad de la ley no opera respecto de las meras expectativas:

"La noción de derecho adquirido ha sido ampliamente discutida por la ciencia jurídica, a fin de distinguirla de las meras expectativas, pues mientras el primero no puede ser desconocido por las leyes ulteriores, por el contrario las segundas no gozan de esa protección. Esta distinción se relaciona entonces con la aplicación de la ley en el tiempo y la prohibición de la retroactividad, pues en principio una norma posterior no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho. A su vez, esta prohibición de la retroactividad es consustancial a la idea misma del derecho en una sociedad democrática, pues la regulación social a través de normas jurídicas pretende dirigir la conducta de personas libres, por lo cual es necesario que los individuos conozcan previamente las normas para que puedan adecuar sus comportamientos a las mismas. Una aplicación retroactiva de una ley rompe entonces no sólo la confianza de las personas en el derecho, con lo cual se afecta la buena fe sino que, además, desconoce la libertad y autonomía de los destinatarios de las normas, con lo cual se vulnera su dignidad". (Subrayado fuera de texto).

⁷ C-781 de 2003

Por lo establecido en la Jurisprudencia Constitucional, podremos afirmar que la Ley no puede afectar una situación jurídica concreta y consolidada, que ha permitido que un derecho ingrese al patrimonio de una persona, por haberse cumplido todos los supuestos previstos por la norma abstracta para el nacimiento del derecho.

Con sustento en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia anteriormente reseñado y de acuerdo a una interpretación conjunta y sistemática de los mandatos constitucionales expresados en los artículos 48 y 53, nuestra carta suprema de derechos le garantiza a cualquier ciudadano la protección inmediata y el reconocimiento de los derechos adquiridos de cualquier índole, mucho más si todas estas prerrogativas extienden su campo de aplicación a temas relacionados con el derecho, como lo es de contar con una seguridad social progresiva, eficiente y universal, que haga eficaz el hecho en que cuando se adquieran ciertas potestades a nivel laboral, éstas mismas sean respetadas y no puedan ser desmejoradas con fundamento en la progresividad y en la prohibición de regresividad amparadas por nuestro Estado.

Es así como nuestra Constitución Política, prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales o con la aplicación de una norma que desconozca las garantías adquiridas que impliquen un retroceso o desmejoramiento que omita la interpretación de la norma más favorable de acuerdo al principio ya explicado del *In dubio pro operario*.

En sentencia C-242 de 2009, magistrado ponente Dr. Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional reiteró que los *derechos adquiridos* son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley. Existe un derecho adquirido cuando respecto de un determinado sujeto, los hechos descritos en las premisas normativas tienen debido cumplimiento. Por contraste, las *meras expectativas*, consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador con sujeción a parámetros de justicia y de equidad.

Esta corporación en su jurisprudencia, durante la elaboración del concepto de derechos adquiridos, los definió como aquellos beneficios que han ingresado definitivamente al patrimonio de una persona; esto implica que un derecho se ha adquirido cuando quien lo reclama, bien ha acreditado el cumplimiento de los requisitos descritos en el ordenamiento⁸, que al tenor del artículo 58 la Carta Política, no podrán ser desconocidos ya que comprenden una situación jurídica consolidada tras el cumplimiento de ciertos requisitos fácticos, lo que les confiere el carácter de intangibles⁹.

Así las cosas, y retomando la Litis que nos ocupa, esto es el caso de los **soldados profesionales que se encontraban activos en la fuerza para el 31 de diciembre de 2000**, no se les podrá desconocer los derechos adquiridos y consolidados a su favor, toda vez que así mismo lo consigna el Decreto 1794 de 2000 en su literal **segundo**: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del

⁸C-038 de 2004 M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

⁹Sentencia C-584 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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%)".

Por lo anterior, su señoría y en virtud al respeto que se debe dar a los derechos adquiridos, solicito a usted conceder bajo este principio las pretensiones de la demanda, por lo tanto se ordene la reliquidación de la pensión por invalidez de conformidad a lo solicitado.

II. LA FALSA MOTIVACIÓN

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, han entendido que existe la ilegalidad denominada **FALSA MOTIVACION**, cuando los fundamentos alegados por el funcionario que expidió el acto administrativo, en realidad no hayan existido, o no tengan el carácter jurídico que el legislador les ha dado, es decir que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos de una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada.

En el caso que nos ocupa, se incurre en Falsa Motivación toda vez que los supuestos fácticos y jurídicos que sirven de fundamento a la administración en este caso Ministerio de Defensa Nacional, al expedir los actos administrativos, no obedecen a lo reglado en la norma Legal y Constitucional, por lo tanto no se justifica razonadamente su negativa frente a la petición. En este escrito demandatorio se justificaran los postulados normativos y de interpretación jurisprudencial y doctrinarios respecto del porcentaje en que debe incrementarse la pensión por invalidez de mi representado, los cuales han sido negados por la entidad demandada.

III. OBSERVANCIA DE LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES EMITIDOS POR EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO.

De conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Código General del Proceso me permito hacer referencia y transcribir apartes de sentencias del Honorable Consejo de Estado, órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa, que a través de sentencias de tutela ha proferido una amplia jurisprudencia sobre las pretensiones solicitadas en la presente demanda, así:

A. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015). REF: EXPEDIENTE No. 11001-03-15-000-2015-00801-00, ACTOR: JOSE EDGAR MONCADA RANGEL ACCIONADA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA:

4.2. Defecto sustantivo en cuanto al reajuste de la asignación mensual

A folio 9 se manifestó:

Está probado, y ello no tiene discusión, que: i) el actor se desempeñó como soldado voluntario desde el 1° de octubre de 1992 hasta el 31 de octubre de 2003 (cobijado por el régimen establecido en la Ley 131 de 1985); ii) ostentó la condición de soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000; iii) a partir del 1° de noviembre de 2003 fue considerado soldado profesional, quedando cobijado por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y posteriormente por el 4433 de 2004; iv) le fue reconocida asignación de retiro mediante la Resolución No. 3691 del 1° de agosto de 2011.

Para esta Sala resulta claro que la interpretación que hace el Tribunal no es razonable, conlleva la incorrecta aplicación del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, y se halla en contravía de lo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, pues,

en la aplicación e interpretación de la norma acoge la situación menos favorable, desconociendo que lo dispuesto en dicho inciso, para quienes ya venían vinculados como soldados profesionales, se les daba respetar el incremento del 60%, incluyendo para el reconocimiento de la asignación de retiro. Desconoce, de paso, precedentes horizontales y verticales, en tanto que otras Subsecciones de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en decisiones del Consejo de Estado, se ha respetado el sano entendimiento de lo dispuesto en dicha norma (ver sentencias relacionadas pie de página No. 4), con lo cual pone en condición de desigualdad al actor, en tanto que otros en igual situación que la suya, dicho derecho se les ha respetado. (negrilla y subrayado es nuestro)

La aplicación e interpretación que se haga de la norma no resulta razonable ni proporcionada.

Como queda demostrado que el Tribunal en su decisión incurrió en violación directa de la Constitución, y en defecto sustantivo por indebida aplicación e interpretación de regla legal, esta Sala concederá el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados. (Negrilla y subrayado es nuestro)

A folio 11 se manifestó:

Corolario de lo anterior, se dejará sin efectos la sentencia de 13 de febrero de 2015, proferida por la Sección Segunda, Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2530-7333-3001-2013 00001-01, y en su lugar, se ordenará que dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera una nueva que, atendiendo lo lineamientos expuestos y los precedentes jurisprudenciales, inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar; aplique el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en cuanto al reajuste de la asignación salarial, y artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según la clara exégesis del mismo."

B- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B" CONSEJERO PONENTE: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, en providencia del dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015)
Radiación número: 11001-03-15-000-2014-02434-01 Actor: JOSÉ EFRAIN BOTACHE TAPIER Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE ACCIÓN DE TUTELA
- Fallo de segunda instancia

"El caso concreto

Corresponda a la Sala establecer si el Tribunal Administrativo del Casanare mediante la sentencia del 14 de agosto de 2014 incurrió en una vía de hecho, en específico en derecho sustantivo ya que consideró que a los soldados voluntarios que pasaban a ser soldados profesionales les correspondía una asignación del salario mínimo legal más una compensación del 40%, desestimando la orden dada por el legislador quien reconocía una compensación del 60%, esto atendiendo a que el cumplimiento del incremento está dado con el pago de las prestaciones sociales

(...)

El accionante alegó que el Tribunal, aunque expresó se debía aplicar en su integridad el régimen previsto en el Decreto 1794 de 2000, no tuvo en cuenta el inciso 2º del artículo 1º de esa norma, que indica que al haberse desempeñado como soldado voluntario y posteriormente como soldado profesional, tiene derecho a recibir como asignación salarial correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y no en un 40%, debido a que ese porcentaje es aplicable a los soldados profesionales que previamente no tuvieron la calidad de voluntarios.

El contenido del artículo del Decreto 1794 de 2000 que allega inaplicado el tutelante es el siguiente:

***ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al

salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

(...)

De la lectura de las disposiciones citadas, se advierte que aunque la incorporación de los soldados voluntarios como profesionales trajo consigo el reconocimiento de prestaciones sociales contempladas en el referido Decreto, lo cierto es que respecto a la asignación básica mensual, el personal que estuviera vinculado como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 al 31 de diciembre de 1985, y luego fue vinculado en calidad de soldado profesional, tiene derecho a recibir un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%). (Negrilla y subrayado es nuestro)

Ahora bien, el Tribunal concluyó que el actor estaba cobijado por el régimen de los soldados profesionales (Decretos 1793 y 1794 de 2000) que en esas condiciones contaba con beneficios que no tuvo como soldado voluntario bajo la Ley 131 de 1985, y que por ende, no podía devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%). (Negrilla y subrayado es nuestro)

Al respecto, se advierte que la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y previó que sólo en ese evento, el salario que éstos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos que ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestados sus servicios como soldados 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". (negrilla y subrayado es nuestro)

Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal accionado, incurrió en defecto sustantivo al implicar, sin razón alguna, el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normativa regula por completo la situación del señor Cabezas Quiñones (negrilla y subrayado es nuestro)

En similar sentido, la Sección Primera ha advertido, siguiendo la posición de la Sección Quinta, que la interpretación que el Tribunal Administrativo del Casare hizo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 es errónea y además omite dar cumplimiento al inciso segundo de la citada norma:

"Resulta claro para la Sala, así como lo fue para la Sección Quinta de esta Corporación en la sentencia citada en precedencia, que el Tribunal accionado incurrió en una imprecisión al considerar que debía aplicar el régimen más favorable entre el establecido en el Decreto 1794 de 2000 y la Ley 131 de 1985, pues de la simple lectura de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, se advierte claramente que no hay contraposición entre los regímenes, pues lo que pretende el Legislador es la salvaguarda de los derechos adquiridos por los soldados que con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, prestaban sus servicios como voluntarios y que con posterioridad a dicha fecha expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales, evento en el cual se les aplicará en su totalidad el Decreto 1794 de 2000, como lo indica el párrafo del artículo 2º, pero su asignación mensual no equivaldrá a un salario mínimo incrementado en un 40%, sino en un 60%, toda vez que la primera solamente aplica para los soldados que no fueron voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000.

Visto lo anterior, resulta forzoso concluir que el Tribunal Administrativo de Casanare incurrió en un defecto sustantivo que vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la Administración de Justicia del actor, razón por la que se dejará

sin efecto a sentencia de 10 de julio de 2014 y, en su lugar, se le ordenará que emita un fallo en consideración a los lineamientos aquí exoresados.¹⁰

Igualmente, esta Subsección ya tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto en la sentencia del 21 de octubre de 2014, en los siguientes términos:

"En virtud de lo expuesto, observa la Sala, que en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, se estableció que aquellos Soldados que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, tendrían derecho a percibir un salario mínimo mensual incrementado en un 60%; mientras que, en tratándose de Soldados que ingresaron a la institución -que no hubieran prestado sus servicios en calidad de voluntarios- se determinó que devengarían un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40%.

(...)

Así las cosas, es necesario precisar, que el contenido del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, claramente establece, que los Soldados que prestaban sus servicios como voluntarios con anterioridad al año 2000, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), y en el parágrafo del artículo 2° ibidem, se indicó que quienes expresen su intención de incorporarse como Soldados Profesionales y sean aprobados, se les deberá aplicar íntegramente lo dispuesto en dicho decreto; por tanto, la interpretación de la autoridad demandada a todas luces resulta inaceptable, toda vez que en el asunto no era necesario acudir a los mandatos de la Ley 131 de 1995, ya que de manera diáfana, el citado decreto establece que los Soldados que previamente prestaron sus servicios como voluntarios, podrían acceder a una asignación superior a la establecida para el personal que se vinculó con posterioridad a la expedición de esa norma, pues su propósito, fue premiar la antigüedad de quienes con anterioridad habían servido a la institución.

En ese sentido, era innecesario acudir a disposiciones distintas al Decreto 1794 de 2000, pues como ya se dijo, en el proceso no se cuestionó que el demandante pareciera de los requisitos para ser beneficiario del mandato previsto en el inciso 2° del artículo 1° ibidem.

Por lo anterior, evidencia la Sala, que el Tribunal Administrativo del Tolima, al proferir la Sentencia de 25 de febrero de 2014, incurrió en un defecto sustantivo, pues inaplicó el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, a pesar de que reconoció que lo previsto en dicha norma regía en su integridad la situación jurídica del tutelante.¹¹ (Neonilla y subrayado es nuestro).

La Sala reitera que efectivamente el Tribunal inaplicó de manera indebida el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 ya que consideró, equivocadamente, que a los soldados que fueron voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, y que pasaban a ser soldados profesionales, les correspondía una asignación del salario mínimo legal más una compensación del 40%, desconociendo que el Decreto en comento dispuso una compensación del 60% para quienes habían sido soldados voluntarios y habían pasado a ser parte del régimen de los soldados profesionales.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que, el Tribunal Administrativo de Casanare no solo interpretó erróneamente la norma en comento, sino que omitió lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 1° de la citada norma que dispuso que, "Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes el 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario

10 Consejo de Estado, Sección Primera, 16 de octubre de 2014, Consejera Ponente: doctora María Elizabeth García González, expediente núm. 2014-02293-00, acción de tutela, actor: Raúl Casas Ovalle, accionado Tribunal Administrativo del Casanare.

11 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (F), Rad. N° 11001-03-15-000-2014-02298-00.

mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), "incurriendo así en defecto sustantivo que vulnera los derechos fundamentales invocados por el actor.

C- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA, CONSEJERA PONENTE: DOCTORA JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ del diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). REF: EXPEDIENTE No. II001-03-15-000-2012-01189-01, ACTOR: CECILIO CABEZAS QUIÑONES ACCIONADA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA:

"Con base en lo expuesto, la sala en cuanto al asunto bajo estudio indico que de acuerdo con el pronunciamiento de primera instancia y la impugnación, corresponde a la sala establecer si la presente tutela se debe negar por que la sentencia censurada no vulnero los derechos fundamentales del tutelante; o si por el contrario la inaplicación normativa que alega el actor en efecto existió y en consecuencia, la orden de amparo se debe impartir.

De entrada la sala advierte que la decisión de primera instancia será revocada y el amparo será concedido, pues como se explica a continuación, superado el análisis de procedibilidad de las tutelas contra providencias judiciales, la autoridad judicial tutelada incurrió en la irregularidad alegada por el tutelante, consistente en la inaplicación sin justificación alguna y en abierta contradicción con sus propios razonamientos expuestos en la providencia, del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 "por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. (Negrilla y subrayado es nuestro)

En el Estudio de Fondo en el segundo punto la sala manifiesta que a pesar de que se indico que el tutelante le aplicaba integralmente el Decreto 1794 de 2000, que establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales del Ejército Nacional, inaplicó el inciso 2º del artículo 1º de esa norma, con el cual, por haber sido soldado voluntario y posteriormente aceptado como soldado profesional, tenía derecho a recibir como asignación salarial un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% y no en un 40% como ocurría para el caso de aquellos soldados profesionales que no hubiesen sido voluntarios previamente. (Negrilla y subrayado es nuestro)

Entonces, afirma el tutelante, el tribunal administrativo de Cundinamarca dejo de aplicar la norma mencionada y negó las pretensiones de la demanda con fundamento en que el actor había "solicitado una combinación de normas, es decir que se aplicara la más favorable (...) del régimen establecido en la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000.

Advierte la sala que el legislador en la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaron como soldados profesionales y por ello previo que solo en ese evento, el salario que los últimos recibían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%.(negrilla y subrayado es nuestro)

Entonces a diferencia de cómo lo considero 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 Inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000

Como se puede concluir de la lectura de los apartes de la sentencia transcrita para la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado no hay duda de la existencia de un régimen de transición consignado en el inciso segundo del artículo primero aplicable a los soldados profesionales que a 31 de diciembre eran soldados voluntarios.

D- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA, CONSEJERA PONENTE: DOCTORA JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ del 29 de abril de dos mil trece (2013). REF: EXPEDIENTE No. II001-03-15-000-2014-02433-01, ACTOR: NELSON GONZALEZ JAIMES ACCIONADA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CASANARE:

"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 bonificación, equivalente a 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"¹² (Negrilla y subrayado es nuestro)

A juicio de la Sala, el problema que lleva a la inaplicación de la norma invocada por parte de la autoridad judicial radica en la formulación del segundo problema jurídico, pues cuando indicó que lo que haría es "...dificidar si el soldado voluntario incorporado al régimen prestacional y salarial propio de los soldados profesionales en virtud del Decreto 1794 de 2000, tiene derecho a conservar la bonificación del 60% del SMLMV que devengaba conforme a la legislación preexistente, junto con las garantías ofrecidas por el nuevo régimen...", en realidad lo que planteó, de entrada, fue establecer la posibilidad de aplicar simultáneamente dos regímenes, en la medida en que entiende que ello es lo que pretende el actor para beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos. Sin embargo, tal apreciación es equivocada, ya que el propósito del accionante con el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no era "...conservar la bonificación del 60% del SMLMV que devengaba conforme a la legislación preexistente..." sino obtener el pago de su salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento, que no bonificación, conforme lo reconoce el Decreto 1794 de 2000 en su artículo 1°, porque considera que cumple con los requisitos para ello.

A la vista de este Juez Constitucional, la consagración de un régimen de transición previsto por lo general tiene la virtud de respetar situaciones anteriores -consolidadas o no- y de permitir aplicación de normas expedidas en diferentes momentos, sin que ello constituya per se la presunta violación del principio laboral de inescindibilidad, o el de igualdad respecto de los soldados profesionales que no hubiesen servido previamente como soldados voluntarios y vinculados después del 1° de enero de 2001.

En efecto, para la Sección Quinta es ineluctable que la inescindibilidad de regulaciones implica que el caso se rija por la totalidad de la regulación, no siendo viable que se tomen los dispositivos de una norma y los de otra ni siquiera argumentando beneficios de favorabilidad, porque implicaría crear un tercer régimen derivado de la mezcla de regulaciones diferentes.

Pero es que en este caso, luego de observar las normas transcritas, el Legislador Extraordinario del año 2000 fue quien filió una especie de régimen de transición que en nada afecta el principio de inescindibilidad y frente al cual el operador jurídico debe respetar el principio de legalidad. (Negrilla y subrayado es nuestro)

Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Casanare al proferir la sentencia de 31 de julio de 2014, 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 González Jaimés.

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

¹² Esta decisión se dicta en el mismo sentido en que la Sala se ha pronunciado sobre casos con similitud fáctica y jurídica en sentencias de 17 de octubre de 2013, expediente No. 11001-03-15-000-2012-01189-01. Actor: Cecilio Cabezas Quibones. C.P.: Lucy Jeannette Hernández Bermúdez. De 29 de enero de 2015, expediente No. 11001-03-15-000-2012-01176-01. Actor: Edinson Hernández Montenegro. C.P.: Susana Buitrigo Valencia. Y de 6 de noviembre de 2014, expediente No. 11001-03-15-000-2014-02436-00. Actor: Segundo Eliécer Argüello Rodríguez. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

Soldado Profesional, de un salario equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), como lo establece el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta las normas que consagran la prescripción, de conformidad con la fecha en que presentó la reclamación en sede administrativa”.

Honorable Magistrado en los apartes transcritos de la anterior sentencia el Honorable Consejo de Estado se pronunció en el sentido de que al reconocerse y aplicarse el régimen de transición no se estaría violando el principio de inescindibilidad de la norma, ya que fue el legislador quien así lo dispuso cuando plasmó que los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios se les reconocería una asignación básica de un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento del mismo salario.

E- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA, CONSEJERA PONENTE: Dra. SUSANA BUITRAGO VALENCIA del 19 de Marzo de dos mil trece (2013). REF: EXPEDIENTE No. 11001-03-15-000-2014-02294-01, ACTOR: GERARDO CHACON ACCIONADA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CASANARE:

“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” (negrita y subrayado es nuestro)

Entonces, a diferencia de cómo 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 Casanare, al proferir la sentencia de 10 de julio de 2014, incurrió en la irregularidad de naturaleza sustantiva alegada, pues inaplicó sin razón alguna el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normativa regía por completo la situación del señor Gerardo Chacón.

En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, “prevalencia del derecho sustancial” y “respeto a los derechos adquiridos” del tutelante, y en consecuencia, dejará sin efectos la sentencia censurada y lo ordenará a la autoridad tutelada que profiera una nueva donde tenga en cuenta los lineamientos de esta providencia y analice si el tutelante cumple con los requisitos que establece la normativa aplicable al caso para ser beneficiario de un salario equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), como lo establece el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Igualmente el Honorable Tribunal de Cundinamarca ha proferido un número apreciable de sentencias en los que ordenan a el Ministerio de Defensa Nacional a reliquidar la asignación de retiro con aplicación del inciso segundo del artículo primero (1º) del decreto 1794 de 2000, en casos similares a los de mi poderdante.¹³

1- ¹³ Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “A” Radicación N° 2013-10523, Actor Oscar Hernando Zarate Beltrán, sentencia del 14

IV. DOBLE AFECTACION DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD EN LA LIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO.

El legislador promulgó la ley 923 del 2004 en la cual se les reconoce a los soldados profesionales el derecho a acceder previo los requisitos que se establezcan a una asignación de retiro. En decreto 4433 de 2004 se dejó consignado en el artículo 16° de decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 la forma como se debe hacer la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, así:

Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Negrilla y subrayado es nuestro)*

Como se desprende de la lectura del artículo anteriormente transcrito el liquidador debe en primera instancia aplicarle el 70% a la asignación básica y al valor resultante le debe adicionar el 38,5% de la asignación básica como prima de antigüedad. Es de resaltar que el legislador antepuso el 70% y remite al punto 13.2.1 y posterior a ello si menciona la adición de la prima de antigüedad.

El ministerio de Defensa desde el reconocimiento de la asignación de retiro de mi poderdante viene liquidándola aplicándole el 70% tanto a la asignación básica como a la prima de antigüedad, lo que afecta en forma significativo el valor de la mesada a cancelar, como lo demostrare a continuación:

LIQUIDACIÓN ACTUAL CON LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 2004	
SUELDO BASICO CON EL 40%	\$ 902.090
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 58,5 %	\$ 527.723
38,5% DEL 58,5%	\$ 203.173
SUMATORIA DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y LA ASGNACION BASICA	\$ 1.105.263
PENSION DE INVALIDEZ 85 %	\$ 939.474

LIQUIDACIÓN CON LA APLICACIÓN CORRECTA DEL ARTÍCULO 16° DEL DECRETO 4433 DE 2004.	
SUELDO BASICO 60%	\$ 1.030.960
85 % DEL SUELDO BASICO	\$ 876.316
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 38,5 %	\$ 396.920

de junio de 2012, Magistrado Ponente Luis Ernesto Arciniega Triana. 2- Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "F" Radicado N° 2010 - 00280, Actor Juan Carlos Peláez Sotomayor, sentencia del 19 de junio de 2012, Magistrado Ponente Martha Jeannette González Gutiérrez. 3- Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "F" Radicado N° 2010 - 00431, Actor Luis Antonio Sosa Calvis, sentencia del 24 de abril de 2012, Magistrado Ponente Luceny Rojas Conde. 4- Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "F" Radicado N° 2010 - 00431, Actor John Jairo Gómez Peña, sentencia del 24 de abril de 2012, Magistrado Ponente Luceny Rojas Conde. 5- Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "F" Radicado N° 2010 - 00421, Actor Jairo Lineros Saldaña, sentencia del 25 de junio de 2012, Magistrado Ponente Luceny Rojas Conde.

VALOR DE LA PENSIÓN

S 1.273.736

Señor Juez, como se puede observar del análisis de los anteriores cuadros la forma en que El ministerio de Defensa está liquidando la asignación de retiro de mi poderdante es violatoria a lo dispuesto por el legislador en el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Por lo anterior se solicita al señor Juez se ordene al Ministerio de Defensa Nacional a que en la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante aparte de tomar como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000, no se aplique el 85% la prima de antigüedad si no que el 38,5 de esta partida se adicione al 85% de la asignación básica tal como quedó establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 2004.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433.

El Honorable Consejo de Estado en sentencias de Tutela se ha pronunciado en relación con la correcta interpretación y aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2000, con el fin de aportar elementos de juicio que permitan al Despacho llegar a una decisión en me permito transcribir apartes de dos providencias del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Administrativa, así:

A- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION "A" CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN 29 de abril de 2015 REF: EXPEDIENTE No. 2015-00801 ACTOR: JOSE EDGAR MONCADA RANGEL, ACCIONADA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. ACCIÓN DE TUTELA:

A folio 10 de la parte motiva de la providencia la Sala de Decisión en cuanto a la aplicación del artículo 16 del decreto 4433 de 2006 la siguiente posición jurisprudencial:

"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 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 si no del 70% 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 otorgo al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que este no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplico no solo es una interpretación contravidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indica el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues el 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 ordenar 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." (Negrilla y subrayado es nuestro)

FALLA

TERCERO: -ORDENASE a la Sección Segunda Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera una nueva sentencia en la que, atendiendo los lineamientos expuestos y los precedentes jurisprudenciales, inaplique por inconstitucional la disposición que excluya como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, el subsidio familiar; aplique en debida forma el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 en cuanto al reajuste de la asignación salarial y

artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Según la clara exegesis del mismo.”(Negrilla y subrayado es nuestro)

B- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ del once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014). **REF: EXPEDIENTE No. 2014-02292-01, ACTOR: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ ACCIONADA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. ACCIÓN DE TUTELA:**

“Precisado lo anterior, la Sala procede al análisis del problema jurídico que plantea el caso concreto, el cual consiste en verificar si las autoridades judiciales demandadas incurrieron en un defecto sustantivo, por inaplicación de las normas pertinentes, que dé lugar a otorgar o amparo deprecado.

Dicho análisis, se cifera a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C” que revoca parcialmente la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado treinta administrativo de oralidad de Bogotá, y denegó las pretensiones de la demanda, ello, por cuanto en el fallo de segunda instancia se subsumen los motivos de reparo del actor, concretamente en dos aspectos I) la debida aplicación de la ley en materia de reliquidación de la asignación de retiro, que, a su juicio, afectó doblemente la prima de antigüedad, y II) la no inclusión del subsidio familiar como factor que debía tenerse en cuenta para tal efecto.

....

“De otra parte, teniendo en cuenta lo expuesto por la parte demandada, la Sala interpreta que cuando el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004, establece que la asignación de retiro que se reconoce a los soldados profesionales, es equivalente a “setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2”, **adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad**”, el término “adicionada” que dicha disposición emplea está haciendo referencia al salario mensual y no al porcentaje de liquidación de la prestación.

En esta perspectiva es claro que para establecer la cuantía de la asignación de retiro o profesional, debe sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%. Pretender que el 38.5% equivalente a la prima de antigüedad, se aplique al 70% del salario mensual, como lo sugiere el a quo, implica desconocer lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues se modificaría por esta vía el 70% que dicho precepto ha autorizado como única cuantía de la asignación de retiro.”

El actor asegura que el Tribunal demandado, al analizar la fórmula utilizada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para liquidar su asignación de retiro, desconoció los claros términos establecidos en artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Agrega que el Tribunal estimó que para calcular la asignación de retiro, debe sumarse el salario con el 38.5% de la prima de antigüedad y, al resultado, aplicarle el 70%, lo cual, asegura, es contrario a la norma transcrita, de manera que constituye un defecto sustantivo lesivo de sus derechos fundamentales.

El defecto sustantivo. En la citada sentencia C-590 de 2005, la Corte definió el defecto sustantivo de una providencia judicial, como aquel que se produce cuando se “decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”. En la sentencia T-778 de 27 de julio de 2005 (Magistrado Ponente Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA), se desarrolló el tema estableciendo lo siguiente:

“Igualmente la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la violación al debido proceso por defecto sustantivo. La Corte ha delimitado el campo de aplicación de la violación al debido proceso por defecto sustantivo, señalando por ejemplo que se presenta “cuando en una providencia se desconocen las normas que son evidentemente aplicables al caso, cuando se realiza una interpretación de la normatividad que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica y cuando

omite la aplicación de una regla definida por una sentencia con efecto erga omnes. En suma, el defecto sustantivo se configura cuando la interpretación y aplicación de la normatividad al caso concreto resulta contraria a los criterios mínimos de juridicidad y razonabilidad que orientan al sistema jurídico[103]. En la sentencia SU-159 de 2002[104] se sintetizaron con mayor precisión los rasgos fundamentales de esta figura así: "La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto[105], bien sea, por ejemplo (i) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico (ii), porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad[106], (iii) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional[107], (iv) porque ha sido declarada inexequible por la propia Corte Constitucional[108] o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador." Más recientemente, en la sentencia T-462 de 2003, la Corte explicó que "una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva".

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

"Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de ella a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes." (Las negritas y subrayas no son del texto original).

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 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 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación "1" que precede al verbo "adicionado".

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pues a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo "contraria los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica", como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental a mínimo vital, 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 exégesis del mismo.

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia impugnada y, en su lugar, se dispone: **TUTÉLANSE** los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad del señor OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Honorable Magistrado como se puede apreciar de la lectura de los apartes de la sentencia, la Honorable Sala de Consejo de Estado indica la forma correcta de cómo

se debe interpretar y aplicar el artículo 16° en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, en atención a lo dispuesto en el artículo 7° del Código General de Proceso solicito que la jurisprudencia aportada sea tenida en cuenta en el estudio de las pretensiones solicitadas.

Podemos aseverar que hoy en día existe una línea jurisprudencial desarrollada por los Jueces, Tribunales de lo Contencioso Administrativo, así como en las altas Cortes, Consejo de Estado y Corte Constitucional frente al reconocimiento de las pretensiones que se solicitan en la presente Litis.¹⁴

D. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ. Sala de decisión No. 2, febrero 08 de 2015, MP. Luis Ernesto Arciniegas Triana, Dte: Pedro Jaimes Maldonado, No. Proceso: 150013333008-2013-00012-01:

"...De lo anterior, fluye con evidente claridad que durante su servicio activo el señor Pedro Erasmo Jaimes Maldonado recibió como asignación básica un (1) salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) y no como lo dispuesto el inciso 2° del art 1 del decreto 1794 de 2000 un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta (60%), para quienes a 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985.

En ese orden de ideas, esta Corporación desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, toda vez que, de acuerdo con el marco jurídico antes estudiado, y de cara a los elementos probatorios allegados al plenario, surge con claridad el derecho que asiste al señor Pedro Erasmo Jaimes Maldonado a reajuste de la asignación básica mensual devengada durante su servicio activo, y en consecuencia la reliquidación de sus prestaciones sociales, desde el 13 de septiembre de 2007 por el fenómeno de prescripción, y hasta el 29 de agosto de 2011 fecha de retiro del actor".

E. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN QUINTA- CP. LUCY JEANNETTE BERMUDEZ, Radicación No. 11001-03-15 000 2014-02433-01, Tutela contra el Tribunal de Casanare. Tutelante: Nelson González Jaimes:

"El accionante alegó que el Tribunal en la providencia censurada afirmó que a él le aplicaba integralmente el Decreto 1794 de 2000, concluir que el actor estaba cobijado por el régimen del 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

2- ¹⁴ Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "A" Radicado N° 2010-00574, Actor Oscar Hernando Zarate Beltrán, sentencia del 14 de junio de 2012, Magistrado Ponente Luis Ernesto Arciniegas Triana. 2- Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "F" Radicado N° 2010-00280, Actor Juan Carlos Pélulo Solomayor, sentencia del 19 de junio de 2012, Magistrado Ponente Martha Jeannette González Gutiérrez. 3- Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "F" Radicado N° 2010-00481, Actor Luis Antonio Bosa Galvis, sentencia del 24 de abril de 2012, Magistrado Ponente Lunny Rojas Conde. 4- Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "F" Radicado N° 2010-00431, Actor John Jairo Gómez Peña, sentencia del 24 de abril de 2012, Magistrado Ponente Lunny Rojas Conde. 5- Fallo de segunda instancia promulgado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "F" Radicado N° 2010-00421, Actor Jaime Uneros Saldaña, sentencia del 25 de junio de 2012, Magistrado Ponente Lunny Rojas Conde.

un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuando lo cierto es que el Legislador extraordinario, en la norma aplicada, 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 cómo lo consideró el Tribunal tutelado, el actor no estaba solicitando la aplicación de los regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, sino la observancia del régimen de transición previsto en la norma que él era aplicable. esto es, el Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Casanare, al proferir la sentencia de 10 de julio de 2014, incurrió en irregularidad de naturaleza sustantiva alegada, pues inaplicó sin razón alguna el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normatividad regía por completo la situación del Señor Gerardo Chacón"

VI. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTIA

De conformidad con el artículo **157** del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo la cuantía de petición se tasa por valor de **TRECE MILLONES CIENTO SETENTA Y TRES MIL TRECIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$13.173.325) M/GTE** (Sin indexación), esta cuantía resulta del análisis comparativo de la mesada pensional recibida en cada uno de los años por mi poderdante, en comparación con la que debió recibir, si la pensión de invalidez de los últimos tres años, se hubiese liquidado sobre la base de un salario mínimo más un sesenta por ciento (60%); la correcta aplicación del artículo 16 del decreto 4433 de 2004 tal como se explicara en el desarrollo de la conciliación y correcta liquidación de la Prima de Antigüedad.

Con el fin de ilustrar en mejor forma al Señor Juez, a continuación se presenta las tablas para una mejor explicación.

FORMA INCORRECTA DE LIQUIDACION					
Año	Sueldo Básico (1 SMLV + 40%)	Prima de Antigüedad en Actividad	Prima de Antigüedad como Pensionado	sumatoria del 2+4	% Pensión Invalidez
	40%	58,50%	38,50%		85,00%
2008	846.100	377.989	145.518	791.618	672.876
2009	895.660	406.961	155.680	852.340	724.486
2010	721.000	421.785	162.387	883.387	750.876
2011	749.840	438.656	168.883	918.723	780.614
2012	793.380	464.127	178.689	972.069	826.256
2013	825.300	482.831	185.878	1.011.178	859.501
2014	862.400	504.634	194.234	1.056.634	888.136
2015	902.090	527.723	203.173	1.105.263	939.474

En el cuadro anterior podemos visualizar como actualmente el Ministerio de Defensa Nacional está reconociendo la pensión de invalidez

Explicación de la tabla:

- Primera columna: Contiene los años reclamos en la demanda.
- Segunda columna: Corresponde a la asignación básica fijada para mi poderdante en el respectivo año.
- Tercera columna: Valor de la Prima de Antigüedad establecida en el artículo 2° del Decreto 1794 del 2000.
- Cuarta columna: Valor de la Prima de Antigüedad establecida en el artículo 18° del Decreto 4433 del 2004.
- Quinta columna: Valor de la sumatoria de la tercera y cuarta columna
- Sexta columna: Valor resultante al aplicar el porcentaje de invalidez (Pensión)

FORMA CORRECTA DE LIQUIDACION				
Año	Sueldo Básico (1 SMLV + 60%)	% PENSION INVALIDEZ	Prima de Antigüedad como Pensionado	sumatoria del 3+4
	60%	85%	38,50%	
2008	738.400	627.840	284.284	911.924
2009	795.040	675.784	306.090	981.874
2010	824.000	700.400	317.240	1.017.640
2011	856.960	728.416	329.930	1.058.346
2012	906.720	770.712	349.087	1.119.799
2013	943.200	801.720	363.132	1.164.852
2014	985.600	837.760	379.450	1.217.210
2015	1.030.000	876.316	398.920	1.273.236

Explicación de la tabla:

- Primera columna: Contiene los años reclamos en la demanda.
- Segunda columna: Corresponde a la asignación básica establecido en el inciso segundo del artículo 1° del decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado con un 60 % del mismo salario)
- Tercera columna: Valor aplicado el porcentaje de pensión de invalidez al sueldo básico.
- Cuarta columna: Valor de la Prima de Antigüedad establecida en el artículo 18° del Decreto 4433 del 2004.
- Quinta columna: Valor de la sumatoria de la tercera y cuarta columna

CUADRO COMPATATIVO					
AÑOS	PENSION PAGADA	PENSION ESPERADA	DIFERENCIA MENSUAL	MESADAS	ANUAL
2008	672.875	911.924	239.049	14	3.346.683
2009	724.489	981.874	257.385	14	3.603.395
2010	750.879	1.017.640	266.761	14	3.734.652
2011	780.914	1.058.346	277.431	14	3.884.038
2012	826.259	1.119.799	293.541	6	1.761.243
2013	859.501	1.164.852	305.351	14	4.274.908
2014	896.139	1.217.216	319.077	14	4.467.079
2015	939.474	1.273.236	333.762	8	2.670.095

ACUMULADO 13.173.325

Explicación de la tabla:

- Primera columna: Relación de los años en reclamación.

- Segunda columna: Corresponde a la pensión que le fue cancelada a mi poderdante en el respectivo año.
- Tercera columna: Corresponde a la pensión que debió ser cancelada a mi poderdante en el respectivo año.
- Cuarta columna: Diferencia mensual entre la pensión pagada y la pensión esperada
- Quinta columna: Número de mesadas recibidas en el respectivo año
- Sexta columna: la sumatoria anual de la diferencia que resulta entre la pensión pagada y la esperada.

X. COMPETENCIA

Son los Jueces Administrativos del Circuito Judicial de Popayán, los competentes para conocer de este asunto en primera instancia por la cuantía, naturaleza y por factor territorial del asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 155, 156 y 157 del CPACA, por cuanto el señor JOSE SIMON SERRANO CONDE, en razón a que la última unidad donde prestó servicios fue en el **BATALLÓN de A.SP.C. N°29 GR. ENRIQUE ARBOLEDA CORTE con sede actual en Popayán (CAUCA).**

XI. PRUEBAS Y ANEXOS

Solicito que se tengan como pruebas, la documentación aportada con la demanda.

1. Poder legalmente conferido para actuar en vía contenciosa.
2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de mi representado.
3. Memorial contentivo del derecho de petición elevado ante la entidad demandada radicado el 31 de MARZO de 2015.
4. Acto Administrativo, N° OFI15-33588 MDNSGDAGPSAP del 30 de abril de 2015, emitido por EL MINISTERIO DE DEFENSA en respuesta del Derecho de Petición motivo de esta litis, con el cual se la actuación ante la administración.
5. Copia de la Resolución No.2814 del 9 de SEPTIEMBRE de 2009, mediante la cual se reconoce pensión de invalidez al actor.
6. Copia de Partidas Computables de mi poderdante
7. Extracto hoja de servicios del actor.
8. Constancia de la última unidad laboral en la cual prestó sus servicios mi poderdante.
9. Copia del acta de conciliación N° 224507 del 30 DE JUNIO de 2015, mediante la cual se da cumplimiento al requisito de procedibilidad de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009
10. Solicito respetuosamente a ese despacho que en el evento de faltar alguna **constancia, certificación o notificación** que se considere necesaria para el estudio de la presente demanda, de conformidad con lo establecido en el CPACA se ordene a la demandada allegarlos en su oportunidad.
11. Copias de la demanda con sus respectivos anexos para: Archivo, Traslado a la entidad demandada, Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado y una para el Ministerio Público.

XII. NOTIFICACIONES

DEMANDADA: El Ministerio de Defensa Nacional ubicado en la Carrera 54 No. 26-25 CAN, Teléfono 3150111, correo electrónico notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co

DEMANDANTE: Mi poderdante las recibirá en la calle 1 A #3-53 de la ciudad de Popayán.

MINISTERIO PÚBLICO: El señor Procurador delegado ante ese Honorable despacho, puede ser notificado en la secretaría de esa Corporación o en la Carrera 5 No. 19 -34 Oficina 702 de la ciudad de Bogotá.
Procjudadm207@procuraduria.gov.co

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, las recibirá en la calle 70 N° 4 -60 int. 312, teléfono 2558957 ext 303, 305 de la ciudad de Bogotá, email: procesos@defensajuridica.gov.co

EL SUSCRITO APODERADO: Las recibiré en la secretaría de su despacho o en mi oficina de abogado ubicada en la calle 28 No. 13 A 24 oficina 507. Teléfono 6508207 ext.104

De conformidad con lo establecido en el artículo 205 de la Ley 1437 de enero 18 de 2011, acpto que las notificaciones del presente proceso se hagan as través del siguiente correo electrónico email: alvarorueda@arcabogados.com.co.

Del Señor Juez,



ALVARO RUEDA CELIS
CC/ 79.110.245 de Fontibón
TP. 170.560 HCSJ.