



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

Sincelejo, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

**Medio de Control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho.  
**Radicación N°** 70- 001-33-33-003-2017-00041-00.  
**Demandante:** Jairo Antonio Polo Díaz  
**Demandado:** Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares- CREMIL.

**Tema:** Régimen Salarial Infantes de Marina Profesionales -Asignación de Retiro - Decreto 4433 de 2004 - Factores de Liquidación - Asignación básica mensual - Decreto 1794 de 2000 - Reajuste Asignación De Retiro.

**SENTENCIA N° 055**

**OBJETO DE LA DECISIÓN:**

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

**1. ANTECEDENTES.**

**1. 1. LA DEMANDA**

**1.1.1. PARTES.**

- Demandante: Jairo Antonio Polo Díaz, identificado, con la cédula de ciudadanía No. 72.017.010, quien actuó a través de apoderado judicial<sup>1</sup>.
- Demandado: Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares- CREMIL

---

<sup>1</sup> Folio 1 expediente

### 1.1.2. PRETENSIONES.

**PRIMERO:** Que se declare la nulidad del acto administrativo conformados por los Oficios 0053841 de fecha 11 de agosto de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y N° 0059157 de fecha 1 de septiembre de 2016, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

**SEGUNDO:** Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del demandante, el reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales:

- REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 13.2.1. DE LA MISMA NORMA Y EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DE 2000, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CÁLCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN POR RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR AFECTANDO DOBLEMENTE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD.
- REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000, YA QUE SE ESTÁ TOMANDO EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO SOLO EN UN 40%, CUANDO LA NORMA ESTABLECE QUE PARA LOS SOLDADOS QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, COMO ES EL CASO DEL DEMANDANTE, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO EN UN 60%.
- REAJUSTE POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, ENTRE ELLOS EL DEMANDANTE, CUANDO A TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL ASÍ COMO DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES Y DE POLICÍA, SE LES TIENE EN CUENTA COMO FACTOR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO RESPECTIVA.”

**TERCERO:** Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos.

**CUARTO:** Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.

**QUINTO:** Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.

**SEXTO:** Que se condene en COSTAS a la entidad demandada.

### **1.1.3. HECHOS.**

Indica que, el Sr. JAIRO ANTONIO POLO DÍAZ, ingresó a la Armada Nacional en condición de soldado regular el 19 de agosto de 1994, fuerza a la que seguidamente el 26 de abril de 1996 se incorporó como soldado voluntario y en la que a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del comando del Ejército, fue promovido como soldado profesional y que fue retirado el 28 de julio de 2015.

Señala que, a través de Resolución N° 9131 del 06 de noviembre de 2015, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, le reconoció asignación de retiro por cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004.

### **1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.**

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

**Constitucionales:** artículo 13, 25, 29, 53, 58.

**Legales:** ley 1437 de 2011, artículos 138, 159 a195; ley 4 de 1992, decretos 1793 y 1794 de 2000.

### **1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

#### **CON RELACIÓN AL PRIMER REAJUSTE SOLICITADO:**

**NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:** Se vulneran por tanto los derechos establecidos en los arts. 25 y 53 de la Constitución Política, vulnerándose de manera flagrante por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES al realizar una liquidación equivocada y desigual de la asignación de retiro del demandante.

Se desconoce abiertamente el derecho a devengar una pensión justa y acorde con las previsiones legales cuando se dispone realizar una liquidación equivocada del monto de

la asignación de retiro, sin tomar en consideración los parámetros legalmente establecidos para el efecto.

#### **NORMAS DE RANGO LEGAL:**

DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004 ART. 16, norma que establece:

“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.”

Manifiesta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares viola la norma transcrita cuando decide aplicar un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro a que tiene derecho.

Es así que la Caja decide tomar el 100% del salario básico y a esta suma, le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, luego le saca el 70% indicado en la norma transcrita en lugar de aplicar la fórmula en la forma como se indica allí mismo, liquidación que resulta desfavorable y en general a todos los Soldados Profesionales, que les hace perder una suma cercana a los cien mil pesos mensuales, que significa mucho dinero si se tiene en cuenta que la asignación de retiro apenas asciende a los setecientos mil pesos mensuales, para el año 2011.

Atendiendo los parámetros establecidos en la norma citada, es fácil concluir que para determinar el monto de la asignación de retiro se debe tomar el 70% del salario básico y a esta suma se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, lo que no ofrece ninguna confusión ni genera mayor dificultad, a pesar de lo cual se dispuso una liquidación contraria a la norma y que afecta doblemente la prima de antigüedad.

#### **CON RELACIÓN AL SEGUNDO REAJUSTE SOLICITADO:**

**NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:** Se vulneran los derechos y principios consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991, consagrados en los artículos citados con anterioridad, al dejar de liquidar la asignación de retiro del demandante con el salario a que realmente tenía derecho durante su etapa de actividad militar.

#### DE LAS NORMAS DE RANGO LEGAL:

De otra parte, el art. 38 del Decreto 1793 de 2000, regula: “Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”

El régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares fue establecido mediante el art. 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000<sup>2</sup>.

Manifiesta que, el precepto legal encontrado en la norma de transición ofrece absoluta claridad en relación con el monto de la asignación salarial a que tenía derecho durante su vinculación con la Armada Nacional y en especial sobre el salario básico que debió devengar.

Lo anterior teniendo en cuenta que, ingresó a la Armada Nacional en condición de soldado regular entre los años 1987 a 1991, se desempeñó como soldado voluntario y por tanto su vinculación estuvo regida por la Ley 131 de 1985, ostentaba esta condición a 31 de Diciembre de 2000 y fue designado como infante profesional a partir del 14 de agosto de 2003, por tanto su situación se enmarca perfectamente y sin lugar a discusiones, en los parámetros establecidos en el inc. 2º del art.1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, que no debía ser incrementado el Salario mínimo en un 40%, sino en 60% según régimen de transición.

Por lo anterior es claro y evidente que el último salario que debió devengar el Infante de Marina profesional antes de ser retirado de la Armada Nacional debía ser de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%; es precisamente sobre este salario básico sobre el cual se debe determinar el monto de la asignación de retiro del reclamante, pues resulta ilógico e ilegal que se liquide sobre un salario inferior que nunca le correspondió devengar durante su vinculación con la entidad.

#### CON RELACIÓN AL TERCER REAJUSTE SOLICITADO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL: Art. 13 Superior.

Es así, como se vulnera el art. 13 Superior, toda vez que sin tener en cuenta que para todos y cada uno de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, así como para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se tiene en cuenta al momento de efectuar la liquidación de su asignación de retiro el subsidio familiar, salvo para los soldados profesionales a quienes no se les paga, colocándoles en situación de desigualdad frente a sus compañeros y lo que es

---

<sup>2</sup> “Artículo 1º: 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%).”

peor, sin tener en cuenta que son precisamente los soldados profesionales quienes están obligados a soportar todas las afujías, penurias y vejámenes de la guerra.

Es clara la vulneración de los principios Constitucionales a que tienen derecho los soldados profesionales toda vez que, como ya se demostró, se vulnera su Derecho a la Igualdad, también se violan sus derechos a recibir una remuneración mínima, vital y móvil, al respeto por los derechos adquiridos.

Es así que se deja de aplicar lo normado en el Régimen Salarial y Prestacional de los Soldados Profesionales con relación a la asignación salarial mensual a que tienen derecho, teniendo en cuenta que su vinculación se produjo bajo los parámetros de la Ley 131 de 1985, vulnerando su derecho a una asignación salarial justa y acorde con las funciones que ejercen, y desconociendo los principios legales que les resultan aplicables.

Los Soldados Profesionales están siendo víctimas de discriminación por parte de la entidad demandada, toda vez que deja de reconocerles los derechos tanto de rango constitucional como legal que les resultan aplicables y por esta razón está devengado una asignación salarial mensual muy inferior a la que realmente les corresponde.

De acuerdo con lo anterior resulta evidente la violación de los principios y derechos Constitucionales antes citados, razón por la que se reclama su protección.

#### **CONTROL CONSTITUCIONAL O EXCEPCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD:**

El art. 4º de la Constitución Nacional de 1991, establece: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

Así mismo, la Ley 57 de 1887 en su art. 5º ordena: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.”

Adicionalmente, el art. 9º de la Ley 153 de 1887 establece: *“La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente.”*

Manifiesta que, de las disposiciones normativas transcritas es claro dilucidar que la Constitución tiene una jerarquía superior a cualquier otra normativa en el ordenamiento

jurídico. Lo que para el caso en particular el num. 13.2 del art. 13 del Decreto 4433 de 2004 es inconstitucional por ser contrario a lo ordenado en la Carta Política de 1991.

Indica que la Corte Constitucional en la Sentencia C-600 de 1998, frente a la figura jurídica de la Excepción de Inconstitucionalidad estableció: *“La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de sí existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso.*

*Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.*

*La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla.”*

Concluye de lo anterior transcrito, no es que la norma legal comparada con la Constitución quede por fuera del ordenamiento jurídico, sino que se inaplica para el caso en específico.

Así mismo, el H. Consejo de Estado, en Sala Plena, se pronunció mediante Sentencia del 1º de Abril de 1997, con ponencia del H. Magistrado Juan de Dios Montes Hernández, con relación a la EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD en los siguientes términos:

*“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”*

*“Puede verse con facilidad que el sistema de control constitucional por vía de excepción se amplió con el nuevo precepto, y, por lo tanto, un acto administrativo, que desde luego es norma jurídica, puede ser inaplicado si viola el estatuto constitucional, aunque haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría.*

De modo que, cuando una norma inferior riñe con la Constitución, ésta tendrá preferencia, y, por consiguiente, la primera es inaplicable para el caso.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el art. 4º de la Constitución Política y de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales antes citados, se debe inaplicar por inconstitucional la norma antes referida y en su lugar se debe incluir el subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro a que tienen derecho el demandante.

Lo anterior es absolutamente claro si se tiene en cuenta que el num. 13.2 del art. 13 del Decreto 4433 de 2004 resulta contrario a lo establecido en el art. 13 de la Constitución Política, al vulnerar el derecho a la igualdad frente a los demás miembros activos y retirados del Ministerio de Defensa Nacional.

## 1.2. ACTUACION PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 14 de febrero de 2017, tal como se avizora en la nota de reparto<sup>3</sup>.
- Por proveído del 10 de marzo de 2017, se admitió la demanda<sup>4</sup>.
- La admisión de la demanda fue notificada personalmente a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, mediante buzón electrónico del 31 de mayo de 2017<sup>5</sup>.
- La entidad demandada, presentó contestación el 20 de junio de 2017, esto es, dentro del término del traslado de la demanda<sup>6</sup>.
- Se dio traslado de las excepciones desde el 29 de septiembre de 2017 al 03 de octubre de 2017<sup>7</sup>.
- Mediante auto del 03 de noviembre de 2016, se convocó a las partes para llevar a cabo la audiencia inicial<sup>8</sup>.
- En audiencia inicial, se resolvieron las excepciones propuestas, se fijó el litigio, se practicaron las pruebas y se prescindió la audiencia de alegatos.<sup>9</sup>

## 1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte, la entidad demandada “CREMIL”, dio contestación a la demanda dentro del término legal, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Frente a los hechos expresó que, acepta los relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y conclusión del procedimiento administrativo; frente a los demás expresa que son situaciones fácticas a los que se opone.

Como argumentos de su posición advierte que, en cuanto al ajuste solicitado con el S.M.L.M.V. más el 70%, consagrado en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004, la entidad demandada realizó la liquidación de la asignación de retiro correctamente y ajustada a derecho.

---

<sup>3</sup> Fl. 40.

<sup>4</sup> Fls. 42 - 42v.

<sup>5</sup> Fls. 47 - 49.

<sup>6</sup> Fls. 50 - 55v.

<sup>7</sup> Fl. 99.

<sup>8</sup> Fl. 100.

<sup>9</sup> Fl 103-108

Demarca que, las actuaciones de LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, hoy demandadas, se encuentran ajustadas a las normas vigentes aplicables a los miembros de la Fuerzas Militares y, en consecuencia, los actos atacados no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad, por tal motivo, no se encuentran viciadas de falsa motivación.

Como excepciones de fondo propuso la de Falta de Legitimación en la causa por pasiva, legalidad de las actuaciones efectuadas por la caja de retiro de las Fuerzas Militares - correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, no configuración de violación al derecho a la igualdad, ni configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las Fuerzas Militares.

#### **1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

##### **1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE<sup>10</sup>:**

La apoderada de la parte demandante, se ratifica sobre todos y cada uno de los hechos y pretensiones de la demanda.

Declara que de conformidad con lo establecido en el Decreto 4433 de 2004 en su art. 16 se estableció la forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales.

En ese sentido, La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al momento de la liquidación, está aplicando un 70% a la partida de prima de antigüedad, de que trata la citada norma, transgrediendo el art. 16 del Decreto 4433 del año 2004, regla jurídica que jamás ha dispuesto que al 38.5% de la prima de antigüedad, se le aplicara el 70%, con esta operación aritmética aplicada en forma errónea, se arroja una asignación de retiro inferior, a la que legalmente le corresponde al demandante, lo cual afecta su mínimo vital.

Agrega que con fundamento en el art. 2 de la ley 923 de 2004, el legislador dejó en claro que cuando se reglamentara el régimen pensional y asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, esta, no podía desconocer el derecho a la igualdad.

##### **1.4.2. LA PARTE DEMANDADA<sup>11</sup>:**

Presento los alegatos extemporáneamente

---

<sup>10</sup> Folios 123-128

<sup>11</sup> Folios 129-145

### **1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO:**

No pronunció alegato alguno.

## **2. CONSIDERACIONES.**

### **2.1. COMPETENCIA:**

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155 num. 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

### **2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:**

Se pretende en el presente medio de control, la nulidad del acto administrativo N° 0053841 del 11 de agosto de 2016, mediante la cual se negó el reajuste de la asignación de retiro y la nulidad de la resolución N° 0059157 del 1 de septiembre de 2016, que resolvió no procedente los recurso interpuesto contra la decisión que negó el reajuste de la asignación de retiro.

### **2.3 PROBLEMA JURÍDICO:**

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra en determinar si ¿la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”, debe realizar el reajuste de la asignación de retiro en favor del demandante, por indebida aplicación de lo establecido en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el 70% de la asignación básica, incrementado en un 60% (1° del Decreto 1794 de 2000); más el 38,5% de la prima de antigüedad y el subsidio familiar?.

Para desarrollar el interrogante anterior se estudiara: (I) Régimen salarial y pensional aplicables a los Infantes de Marina Profesionales, (II) Asignación de retiro para los Soldados e Infantes de Marina Profesionales, (III) Marco Normativo y Jurisprudencial, (IV) de los derechos adquiridos, (V) Prestaciones Sociales de los infantes, y (VI) Caso en Concreto.

### **2.1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

### **2.4. REGÍMENES SALARIALES Y PENSIONALES APLICABLES A LOS INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.**

Inicialmente se advierte que de conformidad con el art. 216 de la Carta Política, la Fuerza Pública en el País, se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional.

A su turno, de acuerdo con el art. 217 Constitucional, las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula el asunto en debate, en tanto que el actor laboró en el Ejército, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

Así el régimen salarial para soldados profesionales de las Fuerzas Militares, es el establecido en el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares y el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el cual estableció el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

## **2.5. LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.**

Se concibe la asignación de retiro para los infantes de marina y soldados profesionales como aquella prestación económica pagadera mensualmente después del retiro al soldado o infante que cumpla determinados requisitos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004<sup>12</sup>, al revisar la constitucionalidad del Decreto N° 2070 de 2003, "*Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*", determinó que la asignación de retiro es de naturaleza *prestacional* y se asimila a la pensión de vejez<sup>13</sup>. Agrega que su objetivo primordialmente es beneficiar a los integrantes de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial que mejore sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

## **2.6. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

### **2.6.1. Cambio de Categorización de Soldados Voluntarios a Soldados Profesionales - Régimen Salarial Aplicable.**

La Ley 131 de 1985 por medio del cual "se dictan normas sobre servicio militar voluntario", instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiestan su deseo al respectivo comandante de la fuerza de continuar con su prestación a la institución castrense, por un lapso no menor de doce (12)

---

<sup>12</sup> Sentencia de 6 de mayo de 2004, Expediente D-4882, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>13</sup> Considerando que el régimen especial de las fuerzas militares solo contempla la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes.

meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las Normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalides e indemnizaciones para los soldados de las fuerzas militares.

El artículo 4º de la Ley en comento consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en estos términos.

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

Posterior a ello, el Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias concebidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares; dicha reglamentación integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000 venían prestando el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985 como:

*ARTÍCULO 1º. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.*

Tal precepto señaló respecto de la incorporación del personal de soldados profesionales lo siguiente:

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

*“PARÁGRAFO: Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este Decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”.*

De las normas transcritas se advierte que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre del 2000, podían ser

incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de Soldados Profesionales, siempre que así lo hubieran expresado, quedando sujetos íntegramente a lo dispuesto por el Decreto Citado.

A su turno el artículo 38 de ese mandato dispuso:

*“ARTICULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”.*

En efecto, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000 por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. En su art. 1º dispuso:

*“ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las fuerzas militares devengarán un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”. Subrayado fuera de texto.”*

El parágrafo del siguiente artículo al que se refiere la norma transcrita, es el referente al parágrafo del art. 2 del Decreto 1794 de 2000 siendo su tenor jurídico el siguiente:

*“PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”.*

El Decreto 4433 de 2004, incorpora dentro del Régimen de Pensión y Asignación de Retiro de los Miembros de la Fuerza Pública al personal de soldados e infantes de marina profesionales.

Con esta normatividad, el soldado profesional que solicite el retiro por voluntad propia, o sea retirado del servicio activo por la fuerza cuando tenga veinte (20) años de servicio, adquiere la potestad para que 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 a la fecha del retiro, 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.

Los militares que se desempeñan como Soldados Profesionales en las distintas Fuerzas a saber: Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Aérea, devengan como contraprestación a los servicios prestados, es decir, como salario o asignación salarial, el equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente establecido por el Gobierno, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario según lo dispone el Decreto 1794 de 2000 el cual estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la fuerza pública<sup>14</sup>.

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

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

## 2.7. DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.

Están garantizados en Colombia los derechos adquiridos, dentro de los cuales se encuentran por supuesto los salarios y prestaciones sociales, adquiridos legítimamente con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente al momento en que se causaron. Tal principio consagrado desde la Carta de 1886 (art. 30) fue reiterado en la Constitución de 1991 en su art. 58.

En materia de salarios y prestaciones sociales existe además el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, si se tiene en cuenta que el artículo 53 de la Constitución, para proteger el trabajo y al trabajador dispuso que el Congreso de la República debía expedir un estatuto que contuviera entre otros los siguientes principios fundamentales:

- a) Igualdad de oportunidades para los trabajadores.
- b) Remuneración Mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.
- c) Estabilidad en el Empleo.
- d) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.
- e) Facultades para transigir y conciliar sobre los derechos inciertos y discutibles.
- f) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.
- g) Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.
- h) Garantía a la Seguridad Social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario.

<sup>14</sup> Decreto 1794 de 2000, del 14 de septiembre de 2000. 10 *Ibíd*em, Artículo 1.

- i) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
- j) El derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Así mismo previó que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, y por si fuera poco, la misma disposición estableció que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

Es cierto que el estatuto del trabajo aún no ha sido expedido por el Congreso pero ello no significa que los principios contenidos en el art. 53 no sean aplicables de manera directa.

La Corte Constitucional se ha referido infinidad de veces a los derechos adquiridos, a su concepto, a su diferenciación con las expectativas de derecho, para el caso es dable traer a colación la sentencia C-177 de 2005, en la que dijo:

*“La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquellos hace parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad, considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. (Sentencia del 2 de marzo de 1918).*

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

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

*“Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo, en el momento de reunir la condición faltante.*

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

Posteriormente en sentencia T-329 de 2012 la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

*“...Según se explicó claramente en las sentencias C-168 de 1995, C- 789 de 2002 y C-177 de 2005, en materia laboral y pensional deben respetarse en todo caso los*

*derechos adquiridos. A lo largo de esta línea jurisprudencial uniforme, la Corte ha decidido que, en principio, los cambios en la ley laboral se aplican a las relaciones de trabajo vigentes, independientemente de si son favorables o desfavorables para los intereses del trabajador 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 un derecho no le pueden ser aplicados. En este caso, entonces, se prohíbe la retroactividad de la Ley laboral, por cuanto el trabajador tendría ya un derecho adquirido a acceder a ese derecho de acuerdo con los requisitos del pasado.*

Así, en la sentencia C-789 de 2002 la Corte reiteró sus pronunciamientos acerca de la diferencia entre los conceptos de derechos adquiridos y de expectativas legítimas en materia pensional.

*“En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, sino se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”.*

De esta manera, en la sentencia se concluyó que *“en relación con las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que le permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares”.*

*En esta misma línea, en la sentencia C-781 de 20013 la Corte corroboró su jurisprudencia a cerca de la diferencia entre los derechos adquiridos y las meras expectativas y recalcó que el legislador está autorizado para modificar las normas laborales, “sin más límites que los que le imponga la misma constitución y los derechos fundamentales de las personas”.*

*“(…) 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 ibídem al señalar que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. 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 construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes’ (subrayado fuera de texto).*

## 2.8 PRESTACIONES SOCIALES DEL SOLDADO E INFANTE DE MARINA PROFESIONAL.

Entendiendo como prestaciones sociales aquel dinero diferente a la asignación mensual o salario, así como aquel elemento, beneficio o servicio que por ley le está obligado al Ministerio de Defensa Nacional reconocer y hacer entrega al soldado profesional, por así disponerlo el Decreto 1794 de 2000; este, tiene derecho, entre otros, a los siguientes beneficios:

a) Prima de antigüedad que se otorga al segundo año de labores, equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica.

Consecuentemente, se dispuso de un incremento de dicha prima de antigüedad, consistente en que por cada año de servicio adicional, se reconoce un seis punto cinco por ciento (6.5%)<sup>15</sup> más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)<sup>16</sup>.

Para proteger al soldado voluntario que no contaba con este tipo de prestación se dispuso que fueran incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les fue aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

b) Prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento (50%)<sup>17</sup> del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de julio de cada año.

---

<sup>15</sup> Ibídem. Artículo 2

<sup>16</sup> Ibídem Artículo 2

<sup>17</sup> Ibídem Artículo 3

c) Prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%)<sup>18</sup> del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto, es decir que se empezó a reconocer en el 2001.

De igual manera con la promulgación de este decreto el soldado profesional no solo le cancelan el valor de la prima de vacaciones sino que es deber del Comandante conceder el disfrute de las mismas por un término de treinta (30) días calendario por cada año de servicio cumplido, las cuales se distribuirán en tres períodos teniendo en cuenta el reentrenamiento y las necesidades del servicio.

d) Prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%)<sup>19</sup> del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará en el mes de diciembre de cada año.

e) Cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional, caso en el cual hoy en día son destinados a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.

Concordante con lo anterior, como quiera que hoy en día las cesantías del soldado profesional son enviadas a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, se otorgó la posibilidad que este reciba el beneficio de subsidio para la adquisición de vivienda militar conforme lo establecido en la Ley 1305 de 2009.

Pertinente resulta indicar que si bien se logró el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar, donde el Soldado Profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, se le reconoció el derecho a devengar un subsidio equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, teniendo el deber de reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente; esta prestación social fue abolida para el personal de Soldados Profesionales a través del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, el cual derogó el art. 11 del Decreto 1794 de 2000, donde se preveía ello, percibiendo hoy día este beneficio únicamente los soldados e infantes de marina profesionales que antes de la expedición del Decreto 3770 de 2009, se les había reconocido el mencionado subsidio.

---

<sup>18</sup> Ibídem Artículo 4

<sup>19</sup> Ibídem Artículo 5

El consejo de Estado en Sentencia Unificada del 25 de agosto de 2016 ratificó o confirmó la postura acerca del derecho que tienen los soldados, al haber cambiado de régimen, que el hecho de haberlo incorporado como soldado profesional, “no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>20</sup> equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793<sup>21</sup> y 1794<sup>22</sup> de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones”, por lo tanto se transcribe apartes de dicha sentencia:

### ***“Régimen salarial para el personal de soldados profesionales***

(...)

*Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000<sup>23</sup> distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.*

*En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>24</sup> en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,<sup>25</sup> cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.*

*De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,<sup>26</sup> es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.*

*En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.*

*Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>27</sup> derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de*

<sup>20</sup> Ib.

<sup>21</sup> Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>22</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>23</sup> Ib.

<sup>24</sup> Ib.

<sup>25</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>26</sup> Ib.

<sup>27</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

1992<sup>28</sup> y el Decreto Ley 1793 de 2000,<sup>29</sup> consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793<sup>30</sup> y 1794<sup>31</sup> de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.<sup>32</sup>

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>33</sup> les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985,<sup>34</sup> esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985,<sup>35</sup> sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000<sup>36</sup> alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

El Ministerio de Defensa Nacional toma distancia de esta posición jurisprudencial con fundamento en la tesis de la inescindibilidad de la norma, de la que se ocupará esta providencia a continuación.

### **Aplicación del principio de la inescindibilidad normativa**

El denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad, tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad.<sup>37</sup> En efecto, el legislador desarrolló el principio de favorabilidad en armonía con el criterio de inescindibilidad en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

---

<sup>28</sup> Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

<sup>29</sup> Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>30</sup> Ib.

<sup>31</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>32</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>33</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>34</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>35</sup> Ib.

<sup>36</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>37</sup> Sobre el particular se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional T-832A de 2013; C-354 de 2015.

**“Artículo 21. Normas más favorables.** *En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.”* (Subraya la Sala).

*El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda demostrada y fehaciente en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamiento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.*

*En el presente caso no se evidencia la trasgresión al referido principio, puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>38</sup> cuyo artículo 1º, inciso 2º, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%.*

*Agrega la Sala, que al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, sólo que a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793<sup>39</sup> y 1794<sup>40</sup> de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó además, que dicho personal recibiera las prestaciones sociales que antes no devengaba.*

*De manera que con la interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>41</sup> que se prohija en esta sentencia de unificación, no se está generando una nueva norma a través de la combinación de varios contenidos normativos enfrentados, ni tampoco se está escogiendo como aplicable fragmentos legales de diferentes normatividades, pues, la regulación salarial de los soldados profesionales se encuentra contenida en un único estatuto, que es el mencionado Decreto Reglamentario 1794 de 2000.<sup>42</sup>*

*Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000<sup>43</sup> es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,<sup>44</sup> y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.*

<sup>38</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>39</sup> Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>40</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>41</sup> Ib.

<sup>42</sup> Ib.

<sup>43</sup> Ib.

<sup>44</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

Definido lo anterior, se precisa también la situación salarial de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez luego de la creación de dicho régimen con el Decreto Ley 1793 de 2000,<sup>45</sup> a quienes el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>46</sup> les determinó que devengarían un salario mensual equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000<sup>47</sup> establece que los soldados profesionales, sin distinción alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico; es necesario precisar a continuación los efectos prestaciones del reajuste salarial del 20% reclamado.

### **Efectos prestacionales de ordenar el reajuste salarial del 20% a favor de los soldados profesionales que venían como voluntarios**

De acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>48</sup> los Soldados Profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

**“Artículo 2. Prima de antigüedad.** Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.

**Parágrafo.** Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

**Artículo 3. Prima de servicio anual.** El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los 15 primeros días del mes de julio de cada año.

**Parágrafo 1.** Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.

**Parágrafo 2.** Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de 90 días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.

**Artículo 4. Prima de vacaciones.** A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al 50% del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del 1º de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.

<sup>45</sup> Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>46</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>47</sup> Ib.

<sup>48</sup> Ib.

*Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.*

**Artículo 5. Prima de navidad.** *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.*

**Parágrafo.** *Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.*

...

**Artículo 9. Cesantías.** *El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional.*

...

**Artículo 11. Subsidio familiar.** *A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

*Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”*

*La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.*

*Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.*

### **Reglas jurisprudenciales**

*En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:*

**Primero.** *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>49</sup> la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

<sup>49</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

**Segundo.** De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>50</sup> la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,<sup>51</sup> es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

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

**Cuarto.** La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10<sup>52</sup> y 174<sup>53</sup> de los Decretos 2728 de 1968<sup>54</sup> y 1211 de 1990,<sup>55</sup> respectivamente.”<sup>56</sup>

### 3. CASO EN CONCRETO.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Reclamación administrativa presentada por el demandante el 21 de julio de 2016<sup>57</sup>.
- Oficio N° 0053841 de fecha 11 de agosto de 2016<sup>58</sup>, mediante el cual la entidad demandada, a través del Jefe Oficina Asesora Jurídica, resuelve la petición de fecha 11 de agosto de 2016, negativamente.
- Recurso de reposición y apelación contra la decisión que negó la petición anterior de fecha 18 de agosto de 2016<sup>59</sup>.
- Oficio N° 0059157 del 1 de septiembre de 2016, a través de la cual la entidad demandada declaró improcedente los recursos interpuestos.
- Copia auténtica de la resolución N° 9131 del 6 de noviembre de 2015<sup>60</sup>, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se reconoce asignación de retiro al demandante, en su calidad de Infante de Marina Profesional (r).
- Copia de la Hoja de servicios del demandante expedida por la Armada Nacional, con fecha 10 de agosto de 2015<sup>61</sup>.

<sup>50</sup> Ib.

<sup>51</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>52</sup> “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

<sup>53</sup> Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

<sup>54</sup> Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

<sup>55</sup> Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

<sup>56</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Cartagena, D. T. y C., 25 de agosto de 2016, No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01, No. Interno: 3420-2015.

<sup>57</sup> Folios 2-6 del Expediente.

<sup>58</sup> Folio 6 del expediente.

<sup>59</sup> Folio 7-8 del expediente

<sup>60</sup> Folio 10-12 del Expediente.

<sup>61</sup> Folio 15-16 del Expediente.

- Certificado de porcentajes y partidas computables realizadas en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con fecha 25 de julio de 2016<sup>62</sup>.
- Certificado de jefe división de administración de personal, donde se certifica el total de tiempo en la armada nacional<sup>63</sup>

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, anteriormente relacionadas, se encuentra acreditado que el señor JAIRO ANTONIO POLO DÍAZ, estuvo vinculado a la Armada Nacional, desde el 19 de agosto de 1994 hasta el día 28 octubre de 2015<sup>64</sup>, con un total de tiempo de servicio de 21 años 1 mes y 29 días.

La hoja de servicios del actor<sup>65</sup>, registra como haberes de la última nómina julio/2015: Sueldo Básico; Subsidio Familiar; Prima de antigüedad; Seguro de Vida Subsidiado y bonificación orden público.

En efecto, resulta claro al revisar la hoja de servicios del demandante, que este ingresó a la Armada Nacional en calidad de Soldado Regular desde el 19 de agosto de 1994 hasta el 9 de febrero de 1996; se desempeñó como Soldado – Infante de Marina Voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, a partir del 26 de abril de 1996 hasta el 13 de agosto de 2003.

En virtud del Decreto 1793 de 2000, el actor fue incorporado como Infante de Marina Profesional por disposición de sus superiores a partir del 14 de agosto de 2003, acogéndose al régimen prestacional definido por el Decreto 1794 de 2000.

Así, a voces del mencionado decreto, los Soldados – Infantes Voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000 podían ser incorporados como Soldados – Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, quedando cobijados por las normas definidas para aquellos, el Decreto 1794 de 2000 al definir la asignación salarial mensual, estableció en su art. 1º inc. 2º:

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

---

<sup>62</sup> Folio 17 del Expediente.

<sup>63</sup> Folio 18 del Expediente.

<sup>64</sup> Folio 18 del Expediente.

<sup>65</sup> Folio 15-16 del Expediente.

De lo anterior se colige que aun cuando la incorporación como Soldado – Infante de Marina Profesional trajo consigo el reconocimiento de las prestaciones sociales que para este cargo fueron contempladas por el Decreto 1794 de 2000, lo cierto es, que en lo que respecta a la asignación mensual salarial, la norma exceptuó a quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados en los términos de la Ley 131 de 1985, y luego fueron vinculados en calidad de Soldados o Infantes de Marina Profesionales, disponiendo para estos el pago de un salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60%.

El señor JAIRO POLO DIAZ, se vinculó como Soldado Voluntario el 19 de agosto de 1994, bajo la Ley 131 de 1985, y posteriormente, en calidad de Soldado – Infante de Marina profesional, en gracia de la autorización normativa impresa por el Decreto 1793 de 2000, por lo que es factible concluir que el actor se encuentra bajo las previsiones del inc. 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Como quiera que para liquidar la asignación de retiro del demandante, de cara al oficio N° 380 del 25 de Julio de 2016<sup>66</sup>, se tuvo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más un 40% y no el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, tal como lo consagra el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000. Así las cosas se desvirtúa la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, toda vez, que de conformidad con el marco jurídico trabajado, y de cara a los elementos probatorios allegados al plenario, surge con claridad el derecho que le asiste al señor POLO DÍAZ, al reajuste de la asignación básica tenida en cuenta para calcular la respectiva asignación de retiro, y en consecuencia la reliquidación de esta última.

En atención a lo anterior, la entidad demandada, deberá reliquidar la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación, un reajuste del 20% sobre la asignación básica mensual, es decir deberá tomar el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en lugar del 40% como lo realizó.

Para dicho reconocimiento la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, aplicó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 “...asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual (Decreto b33 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1, (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000) **adicionado** con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad...”, sin embargo, al efectuar la liquidación de la asignación de retiro del Señor JAIRO ANTONIO POLO DÍAZ, sumó el salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad y al resultado le contabilizó el 70%, conforme se explica en documento aportado por la entidad

---

<sup>66</sup> Folio 17 del Expediente.

demandada junto con la Hoja de vida del demandante, y en la cual se observa claramente la operación descrita. Así:<sup>67</sup>

SUELDO	SMMLV + 40%	\$965.237,00
PORCENTAGE DE LIQUIDACION		70%
<b>SUBTOTAL</b>		<b>\$675.666,00</b>
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	(SB*70%*38,5%)	\$260.131
SUBSIDIO FAMILIAR	(SB*4%) + (SB*58,5%)*30%)	\$180.982,00
<b>TOTAL ASIGNACION RETIRO</b>		<b>\$1.116.779,00</b>

Siendo la inconformidad de la parte actora la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues el valor de la prima de antigüedad no debe sumarse con el salario mensual, sino al resultado obtenido de sacar el 70% de dicho salario así:  $AR = ((SM*70\%)+(PA*38.5\%))$ .

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la asignación mensual de retiro equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. de la misma norma, **adicionado** con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo interpretó la entidad, de donde entonces se le causó una afectación a los derechos del señor JAIRO ANTONIO DÍAZ POLO. En consecuencia debe liquidarse dicha asignación de retiro bajo los siguientes parámetros:  $AR = ((SM*70\%) + (P.A.*38.5\%))$ , donde AR=Asignación de retiro. SM= Salario mensual (SMLMV más 60%). P.A.= Prima de antigüedad.

Liquidación soldados profesionales 2015		
SMLV		\$689.455
SMLV+60% del SMLV	160.00%	\$1.103.128
Porcentaje de Liquidación	70%	\$772.189,6
Prima de Antigüedad	38.5%	\$424.704,28
Total Asignación de retiro		\$1.196.893,88

Colofón de lo anterior, se tiene que existe un déficit de lo recibido por el demandante, que oscilaba mensualmente para el año 2015, en la suma de \$80.114,88 más el porcentaje de subsidio familiar. De allí que, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, que no es otra que:  $AR = ((SM*70\%) + (PA*38.5\%))$ , donde AR=Asignación de retiro. SM= Salario mensual (SMLMV más 60%). PA= Prima de antigüedad, desde el 28 de octubre de 2015, fecha en la cual adquirió el derecho el demandante.

En esas condiciones, se declarará la nulidad del acto administrativo acusado y ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizar el reajuste de la asignación de retiro del señor JAIRO ANTONIO POLO DÍAZ, atendiendo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004,

<sup>67</sup> folio 17.

aplicando la fórmula  $AR=(SM*70\%)+(P.A.*38.5\%)$ , donde AR es Asignación de retiro, SM es el Salario mensual y PA es la Prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el salario mensual se determinará de conformidad con lo establecido en el artículo. 1º inc. 2º del Decreto 1794 de 2000, es decir el SMLMV más un 60%.

Así mismo se negarán las excepciones de fondo de legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL; correcta aplicación de las disposiciones legales; existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro y no configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL.

### DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones y sucede cuando el acreedor deja pasar cierto lapso sin ejercitar la acción correspondiente o pedir ante la administración el reconocimiento y/o pago del derecho; se cuenta desde que la obligación se hace exigible (art. 2535 del C.C.). En materia laboral, conservando su esencia, la prescripción de los derechos de esa naturaleza opera por regla general al cabo de los tres años siguientes a la fecha en que se hace exigible el correspondiente derecho, y se interrumpe desde cuando el interesado exige su reconocimiento y pago ante la administración.

Es de anotar que, a pesar de que con anterioridad esta Unidad Judicial, daba aplicación al término de prescripción trienal que trae el art. 45 del Decreto 4433 de 2004, en vista que hasta ese momento no se había proferido unificación acerca de la materia, lo que para esta oportunidad existiendo pronunciamiento al respecto, en fallo proferido el 25 de agosto de 2016, por parte del Consejo de Estado, en el cual se indicó:

*“El Juzgado de instancia dispuso finalmente, decretar, en aplicación del artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, la prescripción cuatrienal de las diferencias salariales y prestaciones reconocidas al actor, por lo que ordenó que las sumas resultantes a su favor solamente se le pagarían a partir del 13 de abril de 2008, en atención a que la petición en sede gubernativa la elevó el 13 de abril de 2012.*

(...)

**Cuarto.** *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos*

*contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10<sup>68</sup> y 174<sup>69</sup> de los Decretos 2728 de 1968<sup>70</sup> y 1211 de 1990,<sup>71</sup> respectivamente.”<sup>72</sup>*

Se aplicará el precedente jurisprudencial, tal como lo ha direccionado el máximo Tribunal de lo Contencioso.

Finalmente, en cuanto a la excepción de **PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS**, la cual a pesar de no haber sido propuesta por la entidad accionada, se estudiara de oficio. Se tiene que en el presente caso, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el Acto Administrativo N° 9131 del 6 de noviembre de 2015, le reconoció al actor asignación de retiro efectiva a partir del 28 de octubre de 2015; y que mediante derecho de petición del 21 de julio de 2016<sup>73</sup> el demandante solicitó el reajuste de su asignación de retiro, fecha en la cual se interrumpió la prescripción, por lo que es lógico afirmar que el fenómeno jurídico en comento operó 4 años hacía atrás, esto es del 21 de julio de 2011, fecha en la cual aún no se había reconocido la asignación de retiro, por lo que no ha operado dicho fenómeno. Por lo cual se declara no probada la excepción mencionada.

#### 4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De acuerdo a lo probado en el proceso y los fundamentos jurídicos relacionados, se establece que el acto acusado está viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución y la ley, por lo que se accederá a las pretensiones del actor en el siguiente punto:

Por lo anterior y a modo de restablecimiento del derecho se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor, desde el 28 de octubre de 2015, fecha en la cual adquirió el derecho el demandante, teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, esto es:  $AR = ((SM * 70\%) + (P.A. * 38.5\%)) + S.F.$ , donde AR=Asignación de retiro. SM= Salario mensual. P.A.= Prima de antigüedad. S.F.= Subsidio Familiar, considerando que el salario mensual se determinará de conformidad con lo indicado en el art. 1º inc. 2º del Decreto 1794 de 2000 y el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A.:

<sup>68</sup> “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

<sup>69</sup> Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

<sup>70</sup> Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

<sup>71</sup> Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

<sup>72</sup> **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**, Cartagena, D. T. y C., 25 de agosto de 2016, **No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01, No. Interno: 3420-2015.**

<sup>73</sup> Folio 2 – 5 del expediente.

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y la misma devengará intereses en los términos consagrados en el artículo 195 Ibídem.

## 5. CONCLUSIÓN

El problema jurídico inicial es positivo, puesto que CREMIL, al momento de liquidar la asignación de retiro del Sr. JAIRO ANTONIO POLO DIAZ, lo hizo teniendo una interpretación errónea del art. 16 del Decreto 4433 de 2004, por lo que al momento de realizar el reajuste de la asignación de retiro, deberá tener en cuenta lo expresado en la parte motiva, esto es utilización del cuadro comparativo, sumado a ello deberá incluirse como base de liquidación el subsidio familiar, y a esto realizar la respectiva indexación de los valores, con el fin de mantener el poder adquisitivo de la moneda.

## 6. CONDENA EN COSTAS.

El art. 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del arts. 365 y 366 del C.G.P. y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

## 7. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## 8. FALLA:

**PRIMERO:** Declarar no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO; NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD; NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, propuestas por la entidad demandada, conforme lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Declarar la nulidad de los actos administrativos contenido en el Oficios 0053841 de fecha 11 de agosto de 2016 y N° 0059157 de fecha 1 de septiembre de 2016, expedidos por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”, mediante la cual se negó el reajuste de la asignación de retiro del Sr. JAIRO ANTONIO POLO DÍAZ, identificado con C.C. N° 72.017.010, conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho ORDÉNESE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a reliquidar y pagar la diferencia en la asignación mensual de retiro del Sr. **JAIRO ANTONIO POLO DÍAZ**, reconocida mediante Resolución N° 9131 del 06 de noviembre de 2015, que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que se arroje de aplicar el art. 16 del Decreto 4433 de 2004 utilizando la fórmula  $AR=(SM*70\%)+(P.A.*38.5\%)+S.F$ , donde AR es Asignación de retiro, SM es el Salario mensual, PA es la Prima de antigüedad y S.F.= Subsidio Familiar, teniendo en cuenta que el salario mensual se determinará de conformidad con lo establecido en el art. 1° inc. 2° del Decreto 1794 de 2000, desde el 28 de octubre de 2015, fecha en la cual adquirió el derecho el demandante y el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A.:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final

de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

**CUARTO: NIÉGUESE** las demás pretensiones de la demanda, según lo motivado.

**QUINTO: CONDÉNESE** en costas a la parte demandada, en un porcentaje del 5%, por Secretaría tásense.

**SEXTO:** La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los arts. 192 y 203 del C.P.A.C.A.

**SÉPTIMO:** En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial del Juzgado.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS**  
**JUEZ**