

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 11 MAY 2017

**DEMANDANTE: EFRÉN OCTAVIO ABAUNZA PINEDA**  
**DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**  
**RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2015 00164 - 00**  
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

**1. Demanda y tesis del demandante (fl. 1-10):**

El ciudadano EFRÉN OCTAVIO ABAUNZA PINEDA, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Solicitó el demandante la declaratoria de nulidad de los Oficios No. 11342 del 26 de febrero de 2015 y No. 16485 del 16 de marzo de 2015, por medio de los cuales la entidad accionada negó el reajuste de su asignación de retiro y resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto.

A título de restablecimiento de derecho, solicitó se ordene a la demandada reliquidar su asignación de retiro teniendo en cuenta **i)** los porcentajes establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (70% del **salario mensual** adicionado con un 38.5% de la **prima de antigüedad**), **ii)** la **asignación básica** establecida en el parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario) y **iii)** la inclusión

de la partida de **subsidio familiar** en la misma proporción que lo devengaba en servicio activo. Así mismo, solicitó que se ordene el pago del reajuste correspondiente al retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro hasta su inclusión en nómina, el pago de la indexación e intereses moratorios sobre los valores adeudados y la condena en costas a la demandada.

La tesis del demandante se enmarca en los siguientes criterios:

**i)** La entidad demandada desconoce sus derechos al liquidar erróneamente la asignación de retiro, como quiera que aplica indebidamente los porcentajes establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Advierte que para la liquidación de su mesada no se toma como base el 70% del salario mensual adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad como lo advierte la norma en cita, sino que al 100% del salario mensual se adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad y sobre ese total, se obtiene el 70%, que es cancelado por concepto de asignación de retiro, con lo cual se genera una diferencia ostensible entre lo pagado y lo que debe percibir.

**ii)** Se vulneran sus derechos adquiridos al efectuar la liquidación de la asignación de retiro, pues la demandada tiene en cuenta como asignación básica la consignada en el inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2004 (un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%) y no la estipulada en el inciso segundo de dicha norma (un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%), como lo devengó en servicio activo. Por lo que al cumplir con todos los requisitos legales para devengar ésta última asignación, no puede disminuirse la misma en un 20% para la liquidación de su mesada de retiro.

**iii)** El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 vulnera su derecho fundamental a la igualdad y a la familia, por cuanto dicha disposición estableció el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, sin incluir a los soldados profesionales. Además, dicha partida se encuentra reconocida como partida computable, también para los miembros de la Policía Nacional, e incluso, para el personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, lo que genera un trato discriminatorio. Considera que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4 Superior, frente al numeral 13.2 de la norma en cita y en su lugar, incluir el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro.

## **2. Contestación y tesis de la demandada (fl. 50-56):**

La demandada, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares compareció al proceso mediante apoderado judicial, para oponerse a las pretensiones de la demanda, principalmente, bajo los siguientes argumentos:

**i)** El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, indica expresamente que como partida computable se debe tener en cuenta el salario dispuesto en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, norma que se refiere al salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y no en un 60% como insiste el demandante. Por lo que para su asignación de retiro se tuvo en cuenta aquel salario y no el incrementado en un 60%.

**ii)** La asignación de retiro del actor se ha liquidado conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual indica que dicha prestación es el equivalente al 70% del valor conjunto de la asignación de retiro y la prima de antigüedad.

**iii)** El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece en forma expresa cuales son las partidas que se deben tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, entre las cuales no está consagrado el subsidio familiar ni la prima de navidad. Señala que siendo la hoja de servicios el insumo principal para reconocer la asignación de retiro, en la misma no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar ni la prima de navidad para efectos prestacionales, razón por la que no pueden ser tenidas en cuenta.

Advierte además, que no se vulnera el derecho fundamental a la igualdad por cuanto fue el legislador el que estableció la forma de liquidar la asignación de retiro y que frente a ello, no le corresponde realizar interpretaciones ni juicios de valor, cuando la norma determina expresamente las partidas computables a tener en cuenta.

### **3. Trámite procesal:**

Encontrándose el proceso para proferir fallo de primera instancia y en atención a providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>1</sup>, mediante auto del 16 de agosto de 2016 el Despacho dispuso la vinculación de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL en calidad de litisconsorte necesario por pasiva, ordenó su notificación personal y el traslado correspondiente (fl. 238-239).

En virtud de lo anterior, en escrito allegado el 1º de diciembre de 2016 (fl. 248-250), mediante apoderada judicial, el Ministerio de

<sup>1</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Providencia del 20 de abril de 2016. Exp: 152383339751-2015-00008-01. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

Defensa Nacional contestó la demanda manifestando que los hechos de la misma no vinculan de manera alguna a esa entidad. Propuso la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva** advirtiendo que el demandado no dirigió ninguna petición ante la entidad y que los actos acusados no fueron expedidos por ella, a pesar del vínculo laboral que se configuró entre ésta y el demandante.

#### **4.- Alegatos de conclusión:**

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión (fl. 184), la **parte demandante** allegó escrito reafirmando los argumentos expuestos en la demanda (fl. 199-203).

A su turno, la entidad demandada, al presentar sus alegaciones finales, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y recalcó que dicha entidad aplicó la normativa vigente al momento de los hechos. Pese a que señaló que no se configura causal de nulidad respecto de los actos demandados, solicitó que de llegar a accederse a las pretensiones de la demanda sea tenida en cuenta la prescripción de las mesadas conforme a lo indicado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 y que dicha circunstancia se valore al momento de imponer las costas procesales, ante la eventual prosperidad parcial de la demanda. (fl. 229-236)

Finalmente, el Agente del Ministerio Público y el Ministerio de Defensa Nacional, a quien se le corrió traslado mediante auto del 13 de febrero de 2017 (fl. 293), guardaron silencio.

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **De la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (fl. 248-250).**

De conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y las que el Juez encuentre probadas. Por tanto, es del caso proceder a analizar la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la entidad vinculada como litisconsorte necesario indicando que **i)** el presente medio de control se encuentra dirigido a efectuar el control de legalidad de actos administrativos proferidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, **ii)** esa entidad es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se rige por las normas orgánicas del Decreto Ley 2342 de 1971, Decreto Ley 2002 de 1984, Ley 489 de

1998 y por las disposiciones de su estatuto interno (Acuerdo No. 008 del 31 de octubre de 2002), **iii)** CREMIL, mediante Resolución No. 1878 de 19 de abril de 2011 reconoció una asignación de retiro al demandante y dentro de dicho acto administrativo se establecieron los parámetros y porcentajes para su reconocimiento, y **iv)** las inconformidades que dan origen al litigio no refieren al contenido de la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa Nacional, sino que atañen a las fórmulas utilizadas para liquidar dicha asignación.

Se encuentra fijada en cabeza de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la competencia para la aplicación de dichos parámetros normativos al momento de efectuar la liquidación, situaciones de las cuales emana la legitimación por pasiva frente a dicha entidad, por cuanto las pretensiones de la demanda van encaminadas a que se modifique el procedimiento y porcentaje de liquidación de la asignación de retiro, es decir, que no refieren a aspectos salariales o prestacionales adeudados del servicio activo de los cuales tuviese que hacerse cargo el Ministerio de Defensa Nacional.

Posición que fue avalada por el Consejo de Estado a través de sentencia proferida en sede de tutela el 02 de junio de 2016<sup>2</sup>, aplicable al presente caso por encontrarse en similares circunstancias fácticas y jurídicas, en la que se expuso:

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

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

**Una cosa es que se necesite revisar la hoja de servicios del uniformado expedida por el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, para constatar el cumplimiento de los requisitos objetivos para el reconocimiento de la prestación vitalicia, como lo es tiempo en la Institución o la edad del**

---

<sup>2</sup>CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Bogotá, D. C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, expediente núm. 11001-03-15-000-2015-03273-01, ACCIÓN DE TUTELA, Actor: CESAR TULLIO PICÓN RINCÓN.

**soldado y otra muy distinta afirmar que se requiere un pronunciamiento previo de dicha entidad para determinar el monto de la asignación de retiro.**

*(...)Así las cosas, es evidente que los Decretos 4433 de 2004 y 1794 de 2000 y la Jurisprudencia Constitucional y Contenciosa proferida sobre la materia, son las que establecen los parámetros que debe seguir CREMIL para liquidar una asignación de retiro, independientemente de cómo el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, venía pagando la asignación básica mensual del uniformado.*

*Teniendo en cuenta lo referido en líneas anteriores, es absolutamente evidente que **CREMIL sí puede reliquidar la asignación de retiro en virtud de la aplicación del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, incluso si el Ministerio de Defensa Nacional no pagó o reconoció el derecho salarial contemplado en dicha norma en su debido momento.***

Con fundamento en lo anterior, es evidente que la legitimación en la causa por pasiva recae únicamente en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cuyo ámbito de competencia se encuentra lo solicitado por el demandante y cuyo patrimonio independiente sería el único afectado, en caso de resultar procedentes las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de la Nación –Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

### **1. Problema jurídico:**

Corresponde al Despacho el estudio de legalidad de los oficios No. 11342 de fecha 26 de febrero de 2015 y No. 16485 del 16 de marzo de 2015, proferidos por la entidad accionada. De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial se deberá determinar **i)** si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; **ii)** si la entidad demandada ha interpretado y aplicado de forma correcta los porcentajes establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al momento de calcular el valor de la asignación de retiro del actor; y **iii)** si la asignación de retiro del demandante debe ser ajustada incluyendo el subsidio familiar que devengaba en servicio activo.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

## **2. Marco jurídico:**

### **2.1. Del régimen de transición previsto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.**

A través de la Ley 131 de 1985, el Gobierno Nacional dispuso la creación del servicio militar voluntario, para quienes prestaran el servicio militar obligatorio y manifestaran la voluntad de seguir perteneciendo a la Fuerza Pública. Para este tipo de servidores, la misma norma estableció que recibirían como retribución a sus servicios, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

Posteriormente, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 278 de 2000, el Presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 2000 "*Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*", mediante el cual se introdujo una nueva categorización denominada soldados profesionales y se dispuso que los soldados voluntarios podían ser incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, a partir del 1º de enero de 2001, respetando la antigüedad en el servicio y el porcentaje de prima de antigüedad que venían percibiendo:

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

***PARAGRAFO. 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."* (Negrilla fuera del texto)**

En desarrollo de las normas, criterios y objetivos fijados en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1794 de 2000 estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares de trata el Decreto 1793 del año 2000.

El Decreto 1794 de 2000 estableció dos tipos de regímenes salariales para los soldados profesionales: **i)** los soldados profesionales que se vinculaban a partir de la entrada en vigencia de la misma norma (31 de diciembre de 2000) devengarían como ingreso básico un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y **ii)** los soldados que se encontraban en condición de voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985 y pasaran a soldados profesionales seguirían devengando el salario previsto inicialmente en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente más un incremento del 60% sobre el mismo salario. La norma en cita, dispuso:

*"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%).*

*ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD (...)*

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

Según las anteriores normas, quienes se vincularon a las Fuerzas Militares como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, y en virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares, acogiéndose al régimen prestacional determinado para éstos, conforme al inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 conservaron el derecho a una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Frente al reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados que se desempeñaban como voluntarios y luego se incorporaron como profesionales, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 25 de agosto de 2016, exp. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015) con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, unificó su criterio frente al tema, señalando lo siguiente:

"..-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>3</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>4</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>5</sup> es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

#### **(...)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>6</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%.

**Segundo.** De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>7</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>8</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.

<sup>3</sup> Ib.

<sup>4</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>5</sup> Ib.

<sup>6</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>7</sup> Ib.

<sup>8</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

**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>9</sup> y 174<sup>10</sup> de los Decretos 2728 de 1968<sup>11</sup> y 1211 de 1990,<sup>12</sup> respectivamente...” (Resalta el Despacho)**

## 2.2. De la asignación de retiro.

En desarrollo de las facultades reglamentarias otorgadas al Presidente de la República, a través de la Ley 923 de 2004, se expidió el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; precepto que por mandato de su artículo 45, derogó los artículos 39 y 40 del Decreto 1793 de 2000.

Por tanto, el Decreto 4433 es la norma que se encuentra vigente para efectos de calcular la asignación de retiro de los soldados profesionales, en los siguientes términos:

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

El salario mensual señalado en el numeral 13.2.1 corresponde al establecido por el inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000, que corresponde a **“un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario”**

Es claro entonces que el Ejecutivo dispuso de forma taxativa las partidas computables y el porcentaje que deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la asignación de retiro de los soldados

<sup>9</sup> “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

<sup>10</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>11</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>12</sup> Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

profesionales, precisando que el salario que serviría de base para liquidar dicha prestación, sería el mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario.

De lo anterior se colige que el Decreto 4433 de 2004 desconoció el régimen de transición previsto en el Decreto 1794 de 2000, como quiera que limitó la base de liquidación de la asignación de retiro a 1 SMMLV + (40% SMMLV), cuando lo que correspondía al grupo de soldados que fueron vinculados en vigencia de la Ley 131 de 1985, era de 1 SMMLV + (60% SMMLV).

Tal determinación es violatoria del artículo 53 de la Constitución Política, pues toda norma de carácter laboral debe tener unos límites mínimos como lo es remuneración mínima vital y móvil, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, preferencia de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, entre otros.

De igual forma, se desconocieron los límites establecidos a través de la Ley 923 de 2004, en la que se dispuso que **"...Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma..."**, pues la mencionada norma (D.4433/04) fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, sin tener en cuenta los derechos adquiridos por los beneficiarios del régimen de transición contenido en el Decreto 1794 de 2000.

Sobre los derechos adquiridos en materia laboral, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-329 de 2012, puntualizó:

*"(...) 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...”<sup>13</sup> (Subrayado fuera de texto).*

Por lo expuesto, es claro que los soldados profesionales vinculados en vigencia de la Ley 131 de 1985, tenían derecho a devengar en servicio activo 1 SMMLV incrementado en un 60% del mismo salario y aunque tal emolumento no les haya sido cancelado, ello no impide que sea tenido en cuenta para liquidar la asignación de retiro de dicho grupo, pues no existe justificación constitucional válida para que los derechos salariales adquiridos en servicio activo no se vean reflejados en el monto de la pensión.

En tal sentido el Consejo de Estado, señaló que a quienes reúnan los requisitos para ser beneficiarios del régimen que permitió a los soldados que ingresaron como voluntarios y luego pasaron a ser profesionales seguir teniendo como base de liquidación de la asignación básica, el salario mínimo incrementado en un 60%; se les debe respetar dicho aumento, inclusive para la asignación de retiro.

Así lo dispuso la mencionada Corporación en dos casos en los que determinó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca había incurrido en vías de hecho al negar la reliquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales que se encontraban en el régimen de transición contenido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, desconociendo el alcance de los derechos adquiridos.

En el primer caso<sup>14</sup>, se cuestionó la posición del fallador que consistía en que si bien se reconocían unos derechos adquiridos por parte de los mencionados soldados respecto de su asignación básica; éstos desaparecían al momento de obtener el derecho a la asignación de retiro, en razón a que el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 dispuso de forma expresa que el salario mensual computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

<sup>13</sup> Corte Constitucional T-329 de 2012

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 29 de abril de 2015. Rad.11001-03-15-000-2015-00801-00. Actor. José Edgar Moncada Rangel. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

sin distinción alguna, es el establecido en el inciso 1º del Decreto 1794 de 2000. Frente a lo cual, se señaló lo siguiente:

*"...Está probado, y ello no tiene discusión, que: i) el actor se desempeñó como soldado voluntario desde el 1º de octubre de 1992 hasta el 31 de octubre de 2003 (cobijado por el régimen establecido en la Ley 135 de 1985); ii) ostentó la condición de soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000; iii) a partir del 1º 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 1º 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 2º del artículo 1º 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 debe 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.*

*La aplicación e interpretación que se hace de la norma no resulta razonable ni proporcionada..." (Resalta el Despacho)*

En el segundo caso<sup>15</sup>, el argumento asumido por el Tribunal que fue objeto de contradicción por el tutelante, se fundamentó en que al no advertirse que el soldado hubiera solicitado el reajuste del salario al Ejército Nacional - Ministerio de Defensa Nacional cuando se encontraba en servicio activo, para que éste tuviera efectos frente a la asignación de retiro, no podía ordenársele a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares responder por el valor liquidado correspondiente al salario real, pues éste era el que devengaba el actor, aun cuando se encontraba mal liquidado por el empleador. Dicha controversia fue dirimida en los siguientes términos:

*"Tal y como se refirió en acápite anteriores, el Consejo de Estado sobre la materia en jurisprudencia desarrollada a través de acciones de tutela, ha mantenido una posición pacífica en la cual se ha determinado que en efecto **los soldados voluntarios que se encontraban vinculados a***

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 10 de diciembre de 2015. Rad.11001-03-15-000-2015-02935-00. Actor. Álvaro Antonio Ruíz Salinas. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

**la Institución Militar con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y que pasaron a ser parte del régimen de soldados profesionales les correspondía una asignación del salario mínimo legal más una compensación del 60%, porcentaje que debe tener en cuenta al incrementar la asignación de retiro.**

*La Sala en otras oportunidades ha determinado, que una interpretación diferente es desconocer lo previsto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (...)*

*Encuentra la Sala que en la Sentencia de 13 de agosto de 2015 no se tuvo en cuenta la posición sentada por el Consejo de Estado, ni se señalaron las razones por las cuales a su juicio se debía apartar de esa línea y dar una interpretación diferente a las disposiciones del Decreto 1794 de 2000."*

Dicha postura fue ratificada en reciente pronunciamiento por la Sección Primera de la misma Corporación, en el que de manera explícita, se señaló<sup>16</sup>:

**"Así las cosas, es evidente que los Decretos 4433 de 2004 y 1794 de 2000 y la Jurisprudencia Constitucional y Contenciosa proferida sobre la materia, son las que establecen los parámetros que debe seguir CREMIL para liquidar una asignación de retiro, independientemente de cómo el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, venía pagando la asignación básica mensual del uniformado.**

*Teniendo en cuenta lo referido en líneas anteriores, es absolutamente evidente que CREMIL sí puede reliquidar la asignación de retiro en virtud de la aplicación del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, incluso si el Ministerio de Defensa Nacional no pagó o reconoció el derecho salarial contemplado en dicha norma en su debido momento.*

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

*El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, expresamente indica que la asignación de retiro de los uniformados equivaldrá al 70% de su salario*

---

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Bogotá, D. C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, expediente núm. 11001-03-15-000-2015-03273-01, ACCIÓN DE TUTELA, Actor: CESAR TULLIO PICÓN RINCÓN.

303

*mensual, es decir, de la asignación que la Ley expresamente establece, no la que el Ministerio de Defensa Nacional, a su arbitrio, decidió pagarle.*

***Para los soldados profesionales acogidos por el régimen de transición, como reiteradamente se ha explicado, dicho estipendio equivale a un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, por lo tanto así debió ser liquidado, independientemente de que el actor, cuando aún se encontraba en servicio activo, inexplicablemente recibiera una mensualidad por debajo de dicho monto. Para llegar a dicha conclusión no se necesita ningún pronunciamiento del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, pues deviene de la interpretación armónica de las normas aplicables al caso, por lo tanto no le era dable al Tribunal accionado declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL.***

***(...) Finalmente, se advierte que el actor ni siquiera tendría que haber acudido a la Jurisdicción Contenciosa, ya que el derecho prestacional invocado se encuentra debidamente reconocido en la Ley, particularmente en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y es de obligatorio cumplimiento para las entidades competentes al momento de liquidar el salario o la asignación de retiro de los soldados profesionales que se encuentran en la circunstancia allí contemplada, sin que se necesite providencia judicial alguna que así lo ordene.”***

Conforme a los lineamientos trazados por el Consejo de Estado, el reconocimiento de los derechos adquiridos para el caso de los soldados profesionales, se debe hacer extensivo para efectos de interpretar los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, que establecen las partidas computables que se deben tener en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales.

### **2.3. De la forma de aplicar los porcentajes establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.**

El régimen pensional así establecido para los soldados profesionales fue derogado por el artículo 45 del Decreto 4433 de 2004, “*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”; Decreto que a su vez en su artículo 16 estableció el derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro para los soldados profesionales en los términos señalados en el acápite anterior.

Así mismo el Decreto en cita estableció como partidas computables las siguientes:

**"...Artículo 13.** Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

**(...) 13.2 Soldados Profesionales:**

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

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

Como quiera que el artículo 18 citado señala que se debe aportar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sobre el 38,5% de la prima de antigüedad, existe plena coincidencia con lo previsto en los artículos 13 y 16, transcritos, en torno a que tal es el porcentaje que se debe tener en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro que corresponde a los soldados profesionales.

Respecto de la forma en que debe interpretarse la normativa antes mencionada para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de tutela de fecha 11 de diciembre de 2014<sup>17</sup> en la cual precisó:

*"En el caso concreto, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro (...) 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 ",," 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, pese 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 "contraría 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 al 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." (Negrilla fuera del texto).*

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de tutela de fecha 11 de diciembre de 2014. Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: Omar Enrique Ortega Flórez. C.P.: Dra. María Elizabeth García González.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>18</sup> en sentencia de fecha 16 de diciembre de 2015, cuando al resolver un caso similar al *sub lite* precisó que el porcentaje del 38.5% debe ser adicionado al 70% del salario mensual, así:

*"Al tenor de la jurisprudencia antes citada, que esta Sala comparte íntegramente, es claro que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 el monto de la asignación de retiro al 70% del salario mensual, debe adicionarse el 38,5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad.*

*El acto de reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, Resolución No. 4783 del 22 de diciembre de 2010 ordenó en su artículo 1° el reconocimiento así:*

*"-En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 5053 de 2009) 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."(fl. 22 vto)*

*Pero, tanto en el numeral 2° del acto demandado –Oficio 2013-71262 (fl. 20)-, como en la certificación de partidas computables expedida por la demanda (fl. 24), se dijo que liquidación de la prestación obedecía al 70% de la suma de sueldo y el 38,5% la prima de antigüedad con lo cual se incumplió la ley, tal como se ha explicado a lo largo de esta providencia. En efecto, de haberse cumplido el acto administrativo de reconocimiento en consonancia con la ley, tal como fue expedido, el **valor correspondiente a la prima de antigüedad a efecto de tomar de allí el 38,5%, que ordena la ley, se toma del 100% de lo percibido por el mencionado concepto.**"*

En suma, queda claro que el porcentaje del 38,5% de la prima de antigüedad que hace parte de la asignación de retiro debe determinarse sobre el 100% del monto devengado por este concepto.

#### **2.4. Inaplicación del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004 – Subsidio familiar.**

Al personal de oficiales y sub oficiales de las Fuerzas Militares, que en servicio activo devengaron el subsidio familiar, se les tendrá en cuenta como factor computable dentro de su asignación de retiro, no así los soldados profesionales quienes pese a haber devengado el subsidio en servicio activo, no está enlistado como factor de liquidación o partida computable dentro de su asignación de retiro. A pesar de que la anterior distinción encuentra respaldo en el tenor

<sup>18</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 16 de diciembre de 2015. Expediente 1500133330102014-00100-01. Demandante: Gustavo Moreno Olivero. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

literal del Decreto 4433 del 2004, pronunciamientos reiterados del Consejo de Estado han concluido que dicho trato diferenciado vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, razón por la cual se viene inaplicando el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

La Corte Constitucional ha dejado claro que un trato diferenciado, *per se*, no se constituye en discriminatorio, toda vez que existen criterios válidos que lo permiten, y en tal sentido puede el legislador establecer distinciones siempre que éstas obedezcan a criterios objetivos, razonables, proporcionados y que resulten acordes con una finalidad constitucionalmente legítima.

En el presente asunto, si bien los oficiales, suboficiales y soldados profesionales tienen distinta jerarquía, funciones y asignación básica; también lo es que el beneficio de subsidio familiar otorgado a los mismos, para los tres casos tiene el mismo fin: un auxilio para suplir algunas necesidades de los servidores que devengan los salarios más bajos, como forma de proteger a la familia como base de la sociedad.

Ahora, teniendo en cuenta que los miembros de las Fuerzas Militares perciben dicho auxilio mientras están en servicio activo, no es razonable que la norma haya dispuesto tenerlo en cuenta como factor para liquidar la asignación de retiro sólo para los casos de oficiales y suboficiales, excluyendo a los soldados profesionales, máxime cuando estos últimos son los que perciben menores ingresos en las Fuerzas Militares. Entonces, es claro que el precepto normativo contentivo del trato diferenciado no obedece a un fin constitucionalmente legítimo, pues lo que hace es desconocer el principio de igualdad a través de un mecanismo inequitativo.

Aclara el Despacho que la anterior interpretación encuentra respaldo en múltiples providencias que ha proferido el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Boyacá. Se cita, entre otras, providencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Radicado 2013-1821-00 de fecha 17 de octubre de 2013; del Tribunal Administrativo de Boyacá providencias de 28 de abril de 2014 radicado 2012-00133-01; 19 de junio de 2015 - radicado 2013-00014-01, 16 de febrero de 2016 – radicado 2014-00002-01, 9 de marzo de 2016 – radicado 2014-00185-01.

### **3. CASO CONCRETO:**

#### **i) De la forma de liquidar la asignación de retiro:**

En el sub examine se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 2213 del 27 de abril de 2011, al demandante le fue reconocida

por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, una asignación de retiro por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 4 meses y 1 día, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en su hoja de Servicios Militares, "en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000). - Adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad" (fl. 11-13).

Según se indicó en la contestación de la demanda (fl. 51 ss) y según recomendación contenida en oficio de fecha 17 de enero de 2014, suscrito por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la asignación de retiro del personal de soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares, se liquidaba aplicando la siguiente fórmula:

$$AR=70\%((\text{Sueldo Básico})+38.5 (PA))$$

Por consiguiente, es claro que la liquidación no se efectuó conforme a lo ordenado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y a lo consignado en el acto de reconocimiento, como quiera en lugar de adicionarse, en forma directa, el 38,5% que corresponde a la prima de antigüedad, se somete al porcentaje previsto para el salario, razón por la cual solo se reconoce el 70% de dicha prestación.

Así las cosas, se concluye que la entidad ha venido liquidando de manera errónea la asignación de retiro del actor, por consiguiente se declarará la nulidad de los actos demandados, oficios No. 11342 del 26 de febrero de 2015 y No. 16485 del 16 de marzo de 2015 por medio de los cuales se negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor y se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra el primer acto. A título de restablecimiento del derecho se ordenará reajustar la asignación de retiro a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es, a partir del **1º de junio de 2011**, teniendo como base el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 del sueldo básico señalado como partida computable (salario mínimo incrementado en un 60%) y una vez obtenido el resultado de dicha operación, deberá adicionarse el monto que corresponda al 38,5% de la prima de antigüedad devengada por el demandante.

## ii) Del salario base para liquidar la asignación de retiro:

En la hoja de servicios N° 3-91301170 correspondiente al soldado profesional Efrén Octavio Abaunza Pineda (fl. 66), se observa una relación detallada del tiempo de servicios, así:

CONCEPTOS	FECHA	FECHA	AÑOS	MESES	DÍAS
-----------	-------	-------	------	-------	------

	<b>INICIAL</b>	<b>FINAL</b>			
<i>Soldado Regular</i>	1990-12-13	1992-06-20	1	6	7
<i>Tiempo de servicio militar cumplido</i>	1992-06-20	-	-	-	-
<i>Soldado voluntario</i>	1992-06-21	2003-10-31	11	4	10
<i>Soldado profesional</i>	2003-11-01	2011-03-01	7	4	0
<i>Por tener derecho a la pensión</i>	2011-03-01	-	-	-	-
<i>Tres meses de alta</i>	2011-03-02	2011-05-31	-	3	-

Entonces, es claro que el accionante ingresó a la Fuerza Pública como soldado regular desde el 13 de diciembre de 1990 hasta el 20 de junio de 1992; que por virtud de la Ley 131 de 1985 pasó a ser soldado voluntario el 21 de junio de 1992 finalizando el 31 de octubre de 2003.

Y según se observa en la misma hoja de servicios, mediante orden administrativa de personal No. 1175 de 20 de octubre de 2003, se realizó el cambio de denominación de soldados voluntarios a soldados profesionales, unificando la categoría de soldados a partir del 1º de noviembre de 2003, quienes quedaron amparados con los beneficios prestacionales establecidos en el Decreto 1794 de 2000. En este caso, permaneció en tal calidad hasta el 1º de marzo de 2011.

Entonces, como quiera que el soldado profesional EFRÉN OCTAVIO ABAUNZA PINEDA se vinculó como soldado voluntario el 21 de junio de 1992 en virtud de la Ley 131 de 1985 y luego fue clasificado como soldado profesional en atención a lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000; se colige que el demandante se encuentra dentro de los presupuestos previstos en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por cuanto se encontraba vinculado como soldado voluntario con anterioridad al 31 de diciembre de 2000.

Así pues, es claro que el accionante quedó cobijado por el régimen de transición previsto en el Decreto 1794 de 2000, es decir, que tenía derecho a percibir en servicio activo 1 SMMLV adicionado con el 60% del mismo salario. Ahora, no pasa por alto el Despacho que el accionante no devengó el aumento deprecado en servicio activo, sin embargo, en atención a que el legislador en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 determinó que la partida computable para liquidar la asignación de retiro sería el salario mínimo legal vigente adicionado con el 40% del mismo salario, avalando con ello, la renuncia de los derechos adquiridos por los soldados profesionales en vigencia de una Ley anterior, -como se explicó en precedencia-. Razón por la cual,

dicho precepto debe ser inaplicado por haber omitido el régimen de transición previsto en el Decreto 1794 de 2000, como a continuación se expone.

Cuando en un caso concreto se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la reproducción de los efectos de una norma contraria la Carta Política, tal y como lo expresó la Corte Constitucional, a través de la Sentencia **C-122 de 2011**:

*"...La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "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..." (...). De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. **En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución..."** (Resalta el Despacho)*

Como consecuencia de lo antes expuesto, para el *sub lite*, se inaplicará la expresión "del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1" contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto el Ejecutivo transgredió uno de los principios mínimos fundamentales que deben regir los regímenes pensionales y de asignación de retiro, al desconocer los derechos adquiridos del demandante que fueron salvaguardados a través del régimen de transición previsto en el Decreto 1794 de 2000, resultando incompatible, con el artículo 53 de la Constitución Política y con el principio de respeto de los derechos adquiridos, contenido en el artículo 2º de la Ley Marco 923 de 2004.

Precisado lo anterior, reitera el Despacho que los derechos laborales adquiridos en vigencia de una Ley son irrenunciables, por lo que no se puede pretender que éstos sean desconocidos cuando se adquiere el estatus pensional, pues se trata de un grupo de servidores que hacen parte un régimen de transición previsto por el legislador, siendo inconstitucional y contradictorio que por una parte se garanticen los derechos adquiridos en servicio activo y que una vez tengan derecho a la pensión, sean despojados de dichas garantías.

Por tanto, en atención al derecho que tiene el accionante a conservar las garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada en vigencia de las normas que se expidieron en desarrollo de la Ley 923 de 2004, a éste le asiste el derecho a que se le incluya en la asignación de retiro la partida salarial dispuesta por el legislador para cuando se encontraba en servicio activo, esto es, un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% del mismo salario.

En suma, como quiera que se aplicó una norma que para el caso concreto resulta ser contraria a la Constitución y por haber sido desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados Oficios 11342 del 26 de febrero de 2015 y No. 16485 del 16 de marzo de 2015, procede declarar su nulidad, pues de acuerdo al marco jurídico esbozado y los elementos probatorios obrantes en el expediente, al señor Efrén Octavio Abaunza Pineda le asiste el derecho a la reliquidación de su asignación de retiro teniendo como base el salario indicado en líneas anteriores.

### **iii) De la inclusión del subsidio familiar:**

En el sub examine se encuentra probado que al demandante le fue reconocida asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución No. 2213 del 27 de abril de 2011 y que la prestación se liquidó con el 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 y el 38.5% de la prima de antigüedad que devengó en servicio activo (fol. 11-13).

Se encuentra también probado, que a la entrada en vigencia del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, que derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que reglamentaba el subsidio familiar para los soldados profesionales, el demandante se encontraba en servicio activo y por tanto adquirió el derecho a seguir devengando dicho subsidio, tal como lo refleja su hoja de servicios, en la cual aparece que en el mes de febrero de 2011, esto es, estando en servicio activo, el soldado profesional percibía subsidio familiar en cuantía de cuatrocientos sesenta y ocho mil seiscientos cincuenta pesos m/cte. (\$468.650) (fl. 66).

Es claro entonces que al momento de efectuar el reconocimiento de la asignación de retiro, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no tuvo en cuenta el subsidio familiar como partida computable para su liquidación.

Conforme a lo atrás expuesto, por mandato del artículo 4 Constitucional, se impone inaplicar para el caso en concreto el

parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por vía de excepción, y como quiera que dicho precepto prohíbe la inclusión del pluricitado subsidio familiar dentro de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se incurre en un manifiesto desconocimiento del derecho fundamental y principio de igualdad, así como la protección a la familia establecidos en la Constitución Política de 1991.

Es de agregar, que el parágrafo a inaplicar resulta también incompatible con los principios de igualdad y equidad contenidos en el artículo 2º de la Ley Marco 923 de 2004, sobre los cuales debía edificarse el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Como consecuencia de la inaplicación, se declarará la nulidad de los actos demandados y se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la inclusión del subsidio familiar en la cuantía que lo devengaba el actor al momento de su retiro del servicio, como partida computable dentro de la asignación de retiro reconocida.

En cuanto a lo señalado por el apoderado de CREMIL tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, se dirá que si bien los artículos 16 y 13 del Decreto 4433 de 2004 establecen que el subsidio familiar no es partida computable dentro de la asignación de retiro – razón por la cual no la tuvo en cuenta -, también es cierto que el artículo 4º constitucional impone a todas las autoridades, no solo a las judiciales, la obligación de inaplicar disposiciones cuando contravienen la Constitución, como sucede en el presente caso, por tanto, la vulneración de derechos se predica de la demandada por la omisión en inaplicar las referidas disposiciones.

Finalmente, en lo que refiere al argumento relacionado con que si el demandante pretendía el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable, debió controvertir previamente la legalidad de la hoja de servicios, toda vez que en la misma no se encuentra incluido el subsidio familiar, el Despacho reitera, que como lo expuso el Consejo de Estado en sentencia del 2016<sup>19</sup>, la demandada ha debido reconocer la asignación de retiro siguiendo las pautas fijadas en las normas que regulan la materia y clarificadas por la jurisprudencia nacional, teniendo como base el salario establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, independientemente del monto salarial devengado, como quiera que la asignación de retiro debe reconocerse sin importar el salario certificado en la hoja de servicios; razón por la cual, para la prosperidad de las pretensiones de la

---

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Bogotá, D. C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, expediente núm. 11001-03-15-000-2015-03273-01, ACCIÓN DE TUTELA, Actor: CESAR TULLIO PICÓN RINCÓN.

demanda no constituye requisito *sine qua non* el cuestionar con anterioridad la legalidad de la referida hoja de servicios.<sup>20</sup>

#### **4. Conclusión:**

Conforme a lo expuesto, es claro que la asignación de retiro del demandante debe ser reliquidada **1)** tomando como base de liquidación la asignación básica estipulada en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%; **2)** incluyendo el subsidio familiar como partida computable, en el mismo porcentaje que venía percibiendo en servicio activo, y **3)** calculando el reajuste bajo los siguientes parámetros  $AR = (SM \text{ incrementado en un } 60\% \times 70\%) + (SF) + (38.5\% \text{ PA})$ . Donde AR=Asignación de Retiro. SM=Salario Mensual. SF= Subsidio Familiar. PA=Prima de Antigüedad.

En consecuencia, se declarará la nulidad de los actos demandados Oficios No. 11342 del 26 de febrero de 2015 y No. 16485 del 16 de marzo de 2015 y se ordenará como restablecimiento del derecho que la demandada efectúe el reconocimiento y pago de las diferencias causadas entre las mesadas devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, suma que deberá ser actualizada conforme a la fórmula adoptada por el Consejo de Estado.

#### **5. De la prescripción:**

El Decreto 1794 de 2000 que fijó el régimen salarial y prestacional del soldados profesionales no se refirió al término de prescripción de los derechos reconocidos en éste, razón por la cual, el Despacho aplicará el termino prescriptivo cuatrienal señalado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 *"Por el cual se reforma el Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares"*, norma que establece lo siguiente:

**"ARTICULO 174. Prescripción.** Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles.

---

<sup>20</sup> Advirtió el Consejo de Estado en la citada sentencia: "Para los soldados profesionales acogidos por el régimen de transición, como reiteradamente se ha explicado, dicho estipendio equivale a un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, por lo tanto así debió ser liquidado, independientemente de que el actor, cuando aún se encontraba en servicio activo, inexplicablemente recibiera una mensualidad por debajo de dicho monto. Para llegar a dicha conclusión no se necesita ningún pronunciamiento del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, pues deviene de la interpretación armónica de las normas aplicables al caso, por lo tanto no le era dable al Tribunal accionado declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL.

(...)

Finalmente, se advierte que el actor ni siquiera tendría que haber acudido a la Jurisdicción Contenciosa, ya que el derecho prestacional invocado se encuentra debidamente reconocido en la Ley, particularmente en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y es de obligatorio cumplimiento para las entidades competentes al momento de liquidar el salario o la asignación de retiro de los soldados profesionales que se encuentran en la circunstancia allí contemplada, sin que se necesite providencia judicial alguna que así lo ordene."

*El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasaría a la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares”.*

Aclara el Despacho que no aplica el término trienal prescriptivo establecido en el Decreto 4433 de 2004 como quiera que: **i)** dicho decreto fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y en este caso se trata de derechos laborales de personal en actividad y **ii)** el Despacho viene acogiendo los pronunciamientos del Consejo de Estado frente a la aplicación del término cuatrienal de prescripción, en el sentido que si bien el Decreto 4433 de 2004 estableció un nuevo término prescriptivo de tres (3) años, se debe continuar aplicando el término de prescripción de cuatro (4) años previsto en Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, en cuanto se consideró que en el citado Decreto 4433 el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, fijando un nuevo término prescriptivo (sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 12 de febrero de 2009 con radicación interna 2043-08 actor Jaime Alfonso Morales).

Para el caso de autos se observa que al actor le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 2213 del 27 de abril de 2011, efectiva a partir del 1º de junio de 2011 (fl. 11-12), interrumpiéndose la prescripción con la solicitud de reajuste presentada el 16 de febrero de 2015 (fol. 14-17), razón por la cual el Despacho advierte que el fenómeno prescriptivo no operó en el caso de autos.

## **6. De las costas y agencias en derecho:**

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda se requiere fundamentar la imposición de costas, por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el proceso con los gastos ordinarios del proceso y las agencias en derecho en que incurrió el demandante.

Así las cosas, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$ 289.408,86.

### III. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR PROBADA** la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, respecto de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, conforme se explicó en la parte motiva.

**SEGUNDO: INAPLICAR** por inconstitucional e ilegal, para el caso concreto, la expresión "**del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1**" contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y el **parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004**, por las razones expuestas.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios No. 11342 del 26 de febrero de 2015 y No. 16485 del 16 de marzo de 2015 por medio de los cuales se negó la reliquidación de la asignación de retiro del soldado (r) EFRÉN OCTAVIO ABAUNZA PINEDA y se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto en contra del primer acto, respectivamente, actos proferidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, conforme a las razones expuestas en las motivaciones de esta providencia.

**CUARTO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reliquidar la asignación de retiro del accionante EFRÉN OCTAVIO ABAUNZA PINEDA identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.301.170 expedida en La Belleza, efectiva a partir del 1º de junio de 2011 en los siguientes términos: **i)** tomando como base de liquidación la asignación básica estipulada en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%; **ii)** incluyendo el subsidio familiar como partida computable, en el mismo porcentaje que venía percibiendo en servicio activo; y **iii)** llevando a cabo la liquidación bajo los siguientes parámetros: **AR = (SM incrementado en un 60% x 70%)+(SF en el mismo porcentaje que venía percibiendo con anterioridad al retiro del**

servicio)+(38.5% PA). Donde AR=Asignación de Retiro. SM=Salario Mensual. SF= Subsidio Familiar. PA=Prima de Antigüedad. Si el accionante no cotizó sobre algún factor, se deberán hacer las deducciones correspondientes de las sumas a reconocer.

**QUINTO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a **PAGAR** al accionante EFRÉN OCTAVIO ABAUNZA PINEDA identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.301.170 expedida en La Belleza, la diferencia entre las mesadas de la asignación de retiro devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, a partir del 1º de junio de 2011, en atención a la fecha en que el derecho se hizo exigible.

**SEXTO: ORDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** indexar las sumas adeudadas de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del CPACA a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula en matemática financiera acogida por el Consejo de Estado y devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial a la fecha que debió hacerse el pago. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

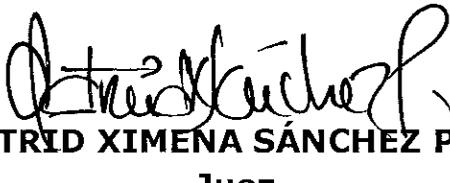
**SÉPTIMO:** Las sumas que se ordena reconocer devengarán intereses conforme a los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

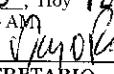
**OCTAVO: CONDENAR** en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

**NOVENO:** En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, **fíjese** como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$ 289.408,86.

**DÉCIMO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>25</u> , Hoy <u>17</u> /05/2017 siendo las 8:00 AM
 SECRETARIO