



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, doce (12) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Demandante: Julio Javier Bermúdez Ruíz
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Radicación : 150013333011201400151-00
Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por Julio Javier Bermúdez Ruíz, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor Julio Javier Bermúdez Ruíz, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo No.2013-54097 de 23 de septiembre de 2013, por medio del cual se negó la solicitud de reajuste de su asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicita que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reliquidar la asignación de retiro reconocida al accionante, tomando como base la asignación básica la establecida en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985 y en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).

Solicita además, que se ordene a la accionada el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre la reliquidación

solicitada y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro “...desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA...” (f.2).

Finalmente, pide que se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA y la Sentencia C-188/99; así mismo que se condene a la accionada al pago de costas procesales y agencias en derecho.

2. Hechos

El apoderado de la parte actora refiere que el demandante prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional como soldado regular; que una vez terminado el período reglamentario fue promovido como soldado voluntario, conforme a lo establecido en la Ley 131 de 1985 y que a partir del 1º de noviembre de 2003, por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional, fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro.

Indica que durante el tiempo que permaneció como soldado voluntario percibió una asignación mensual igual a un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario, el cual le fue cancelado hasta el 31 de octubre de 2003.

Señala que a partir del 1º de noviembre de 2003, fecha en que obtuvo el estatus de soldado profesional, el Comando del Ejército Nacional le disminuyó la asignación básica de un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario a un salario mínimo incrementado en un 40%. Agrega que pese a que el accionante cambió de categoría, éste continuó cumpliendo con las mismas funciones y tareas que venía desarrollando como soldado voluntario.

Aduce que como los soldados profesionales permanecen largas temporadas en la zona selvática del país, sin tener comunicación con las

personas que les manejan sus recursos, se les dificulta conocer los pagos que por concepto de salarios y prestaciones sociales reciben y por ende no pueden presentar reclamaciones en forma oportuna.

Resalta que en razón al principio de obediencia debida, el actor no presentó reclamación alguna por la disminución de su asignación básica, ante el riesgo de ser catalogada su conducta como falta contra la disciplina.

Manifiesta que una vez se cumplieron los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al accionante, mediante Resolución No.1992 de 18 de abril de 2012.

Expresa que la asignación de retiro que percibe el actor, se ha venido liquidando tomando como base el salario mínimo adicionado con el 40% del mismo salario, lo cual desconoce lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000. Concluye que “...se le está dejando de cancelar un 20% de asignación de retiro...” (f.55), causando perjuicios económicos al demandante.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

El apoderado de la parte actora señala que con la expedición del acto administrativo acusado se desconocieron el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, las Leyes 131 de 1985, 4ª de 1992 y 923 de 2004, así como los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Refiere que debido a una errada interpretación del Decreto 1794 de 2000, el Ministerio de Defensa en forma arbitraria, a partir del mes de noviembre de 2003, disminuyó la asignación básica del demandante en un 20% del mismo salario, afectando de forma significativa el mínimo vital “...de estos servidores públicos que mantienen el orden constitucional en las difíciles condiciones laborales que ponen en riesgo su integridad personal...” (fl. 56).

Argumenta que en la consolidación del Estado Social de Derecho, no es posible desconocer las garantías constitucionales, como son los derechos

económicos, sociales y laborales, “...entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social y los beneficios que este mismo arroja. Es así como dentro del grupo de la seguridad social, encontramos el derecho de adquirir una pensión digna, dado que ésta es una de las prerrogativas constitucionales consideradas como personalísimas, de índole patrimonial, que al cumplir con los requisitos exigidos, constituye un derecho adquirido que no podrá ser desconocido...” (f.57)

Afirma que entre los fines esenciales del Estado de Derecho, se encuentra la protección de los derechos económicos de los administrados, indicando que la pensión es una prestación social básica que opera como compensación al esfuerzo de muchos años, con la expectativa de recibir una mesada que constituiría su ingreso mensual, por lo que la Entidad debió liquidar la asignación de retiro tomando como base el ingreso dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Afirma que la Entidad al negar la liquidación de la pensión en los términos solicitados en la presente demanda, omite el mandato constitucional y legal que establece que para determinar la mesada pensional se deben tener en cuenta los ingresos percibidos por el trabajador. Así pues, concluye que el comportamiento adoptado por la Administración no obedece a un actuar razonable, lo cual genera un trato discriminatorio.

Señala que en lo que tiene que ver con el régimen pensional, se le da un tratamiento discriminatorio a los soldados profesionales respecto de los demás integrantes de la Fuerza Pública, ya que de conformidad con los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía se les liquida la asignación de retiro tomando como base de liquidación el último salario, mientras que a los soldados profesionales que ingresaron al servicio del Ejército Nacional antes del 31 de diciembre de 2000, se les toma como base de liquidación una asignación de menor valor, afectando con ello su mínimo vital y su patrimonio. Dicha situación desconoce abiertamente el derecho a la igualdad, pues se otorga un trato diferente a las personas que se encuentran en la misma situación de hecho en cuanto a los derechos pensionales.

Indica que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, excediendo las facultades otorgadas por la Ley 923 de 2004, pues se da un trato discriminatorio a los soldados profesionales que ingresaron al servicio de la Fuerza Pública antes del 31 de diciembre de 2000, cuando se dispone que su asignación de retiro sería liquidada teniendo en cuenta el salario fijado para aquellos que se vincularon con posterioridad.

Insiste en la importancia que representa el principio de progresividad en la cobertura de la Seguridad Social, señalando que no puede una ley posterior o un fallo judicial, adoptar medidas que constituyan un retroceso frente a los logros y derechos obtenidos en materia de derechos sociales prestacionales, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas que legitimen una desmejora en las condiciones salariales y pensionales ya adquiridas.

En tal sentido, el principio de irrenunciabilidad se predica respecto de todos los elementos integrantes del derecho a la seguridad social, por ende, si la Entidad encargada del reconocimiento de una pensión no lo hace por el monto que legalmente corresponde, el afectado no podrá renunciar a reclamar lo debido, pues sería ir en contravía de sus derechos fundamentales. Para sustentar su argumento, transcribe apartes de la sentencia T-221 de 2006, sobre la progresividad de los derechos sociales y la existencia *prima facie* de la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso.

Explica que el hecho que el accionante hubiera optado por la condición de soldado profesional a partir de noviembre de 2003, no justifica la disminución de su asignación básica, como quiera que a 31 de diciembre de 2000, ejercía como soldado voluntario y por lo tanto, el salario que se le debe cancelar es el establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794.

Refiere que el principio de favorabilidad en materia laboral, “...opera en caso de duda tanto en la aplicación como en la interpretación del derecho y se refiere a la condición más favorable o más beneficiosa en el ámbito laboral y al no menoscabo por la ley en su aplicación para con los derechos de los trabajadores, la cual infiere que las normas de carácter laboral o pensional no pueden disminuir las condiciones favorables consolidadas y constituidas previamente en cabeza de los trabajadores, de modo que las

reglamentaciones más beneficiosas para el trabajador deberán ser reconocidas y respetadas por cualquier operador jurídico...” (fl.65).

Argumenta que en el caso de autos, la Entidad demandada al realizar la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, tenían la calidad de soldados voluntarios, ha debido preferir la norma más favorable al trabajador, es decir, tomando como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario.

Precisa que no se pueden desconocer o modificar las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales o con la aplicación de una norma que desconozca las garantías adquiridas que impliquen un retroceso o desmejoramiento que omita la aplicación de la norma más favorable de acuerdo al principio in dubio pro operario. En tal sentido, reitera que los soldados profesionales que ingresaron a la Fuerza Pública antes del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que la base para liquidar la asignación de retiro sea calculada conforme lo indica el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000.

Explica que debe existir primacía de las normas constitucionales frente a las legales que sean incompatibles con éstas. Así pues, *“...cuando las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública se liquidan en un porcentaje inferior al que perciben como retribución básica mensual, no se está dando cumplimiento a lo establecido en los artículos constitucionales 48, 53 y 58, que consagran el amparo de los beneficios acaecidos del derecho a la seguridad social, la no regresividad en materia prestacional y salarial y el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores...”* (f.69).

Reitera su argumento relativo a que el Gobierno nacional desbordó su potestad reglamentaria mediante el Decreto 4433 de 2004, al no respetar los derechos adquiridos de los soldados profesionales, siendo éste uno de los criterios fijados por la Ley 923 de 2004. Hace referencia a la Sentencia C-894 de 2006, en la que la Corte Constitucional sostuvo que la potestad reglamentaria del Presidente no es absoluta ni autónoma, ya que ésta requerirá de la existencia previa de un contenido mínimo legal que pueda ser

desarrollado, dentro del cual es válido que el legislador incluya lineamientos que demarquen la actuación del Ejecutivo.

Sustenta su argumento citando un pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 4 de septiembre de 2008, actor Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, en el que se acudió a la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que el Ejecutivo se extralimitó en la potestad reglamentaria otorgada en la Ley 923 del mismo año, por haber regulado un tema que no fue previsto en dicha Ley.

Concluye que de acuerdo con lo señalado en la Ley 923 de 2004 que estableció el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, respecto de la facultad exclusiva que recae sobre el Congreso de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, es claro que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema relacionado a la modificación de la base de liquidación que se debe tomar para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales que ingresaron a la Fuerza Pública antes del 31 de diciembre de 2000, como se hizo en el artículo 13.2.1 del Decreto 4433, extralimitándose el ejecutivo en la reglamentación de la Ley 923 de 2004.

Agrega que conforme al artículo 5º de la Ley 923 de 2004, se otorgó la facultad de inaplicar el artículo 13.2.1 del Decreto 4433, por ser contrario a lo establecido en la citada ley, pues estableció un trato desigual en relación con los demás miembros de la Fuerza Pública.

Luego de mencionar sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las que se decidieron casos sobre la asignación básica de los soldados profesionales; señala que la Entidad demandada realizó una incorrecta aplicación del Decreto 4433 de 2004, toda vez que la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000, no establecen la cuantía con la cual se deberá efectuar la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados voluntarios que posteriormente ingresaron al personal de los soldados

profesionales; lo que demuestra la existencia de la nulidad del acto demandado por falsa motivación.

4. Contestación de la demanda

La apoderada judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (f. 126 s.):

Explica que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

Señala que la norma vigente a la fecha del reconocimiento de la pensión del actor, es el Decreto 4433 de 2004, el cual indica que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, que se refiere solamente a un incremento del 40%.

Resalta que además de tener en cuenta la norma especial aplicable en cada caso, para realizar el cálculo de la mesada a reconocer, se toma la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa con su respectiva aprobatoria, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, para fines prestacionales; documento que se constituye en la pieza idónea e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Entidad, según lo indicado en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Frente al caso concreto, señala que en la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa, se encuentran las partidas computables prestaciones unitarias, *“donde se enuncian el Sueldo Básico y la Prima de Antigüedad; sueldo básico que de conformidad con lo claramente dispuesto en el numeral 13.2.1. del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se incrementará en un 40%”* (f.127).

Concluye que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe regirse por la normatividad vigente, sin omitir preceptos y sin darle un alcance diferente al establecido por el legislador y la hoja de servicios, máxime cuando la norma no reviste motivos de duda que generen los métodos de interpretación de la ley diferentes al gramatical.

Reitera que las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustaron a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia estas actuaciones no se enmarcan en ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falsa motivación. Por último, señala que si en gracia de discusión, el Juez decide emitir condena en contra de la Entidad, se tenga en cuenta que en caso que prosperen parcialmente las excepciones, se debe exonerar de la condena en costas, conforme al artículo 392 del CPC.

5. Alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (fl. 206), la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares guardó silencio**. La **parte actora** presentó alegatos en los siguientes términos (fl. 208 s.):

Realiza un recuento sobre los antecedentes del caso e insiste en que las pretensiones deben prosperar, indicando que por una mala interpretación de la norma por parte del Ministerio de Defensa Nacional que en forma arbitraria e inconsulta disminuyó la asignación básica a la que tenían derecho los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, de un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo a un salario mínimo aumentado en un 40%, sin respetar el régimen de transición contenido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, afectando el mínimo vital de estos servidores públicos que mantienen el orden constitucional en las difíciles condiciones laborales que ponen en riesgo su integridad personal.

Reitera los argumentos relacionados con la irrenunciabilidad de las garantías laborales y el derecho a la igualdad. Por último hace mención de recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, avalando las pretensiones que se buscan en el proceso de la referencia, particularmente,

la Sentencia de 29 de abril de 2015, proferida en la acción de tutela 11001-03-15-0002015-00801-00, siendo actor José Edgar Moncada Rangel.

CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Problema jurídico

La controversia se contrae a determinar, si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada teniendo como partida computable, el salario establecido en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985 y en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (f.171).

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

2. Marco normativo y jurisprudencial aplicable

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 habiendo prestado el servicio militar obligatorio, 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, se 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 la Fuerza Pública como Soldados Profesionales, a partir del 1° de enero de 2001, respetándoles la antigüedad de servicio y el porcentaje de prima de antigüedad que venían percibiendo.

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 que habían sido creados por virtud del Decreto 1793 del mismo año. En dicho precepto (D.1794/2000), se estableció una diferenciación en materia salarial frente a los Soldados Profesionales, indicando que quienes se vinculaban a partir de la entrada en vigencia de la misma norma (31 de diciembre de 2000) devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y de otra parte, quienes se encontraban en condición de Soldados Voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985, seguiría devengando el salario previsto inicialmente en el artículo 4° de dicha norma, a saber, un salario mínimo más un incremento del 60% sobre el mismo.

Del anterior recuento normativo, se concluye que quienes se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, a través del Decreto 1793 de 2000, fueron incorporados como soldados profesionales de las Fuerzas Militares, acogiéndose al régimen prestacional determinado para éstos, pero manteniendo, en virtud del Decreto 1794 de 2000, una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Frente al régimen de transición contenido en el Decreto 1794 de 2000, en lo que tiene que ver con la forma de liquidar la asignación básica de los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante Sentencia de 6 de agosto de 2015, Exp.66001-23-33-000-2012-00128-01 (3583-13) con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, señaló:

“...En relación con este último aspecto, estima la Sala conveniente precisar que el hecho de que el accionante, en su condición de Soldado

Profesional, perciba una serie de prestaciones sociales, que con anterioridad no devengaba, no implica per se una razón constitucional y legalmente aceptable para negarle el pago del incremento previsto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, toda vez que, estamos en presencia de un régimen salarial y prestacional integral el cual fue dispuesto por el Gobierno Nacional a través del Decreto en cita el cual, en ninguno de sus apartes, condicionó la posibilidad de percibir las prestaciones sociales en él contempladas a la renuncia del 20% de incremento previsto en su artículo 1.

Así las cosas, lo expuesto sumado al hecho de que la totalidad de las prestaciones sociales previstas en el Decreto 1794 de 2000, entre ellas el incremento del 60%, tienen el carácter de irrenunciables, en virtud a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, hacen necesario que se confirme la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda, en cuanto declaró la nulidad del acto administrativo ficto negativo mediante el cual se le negó al accionante el pago en su integridad del incremento previsto en el inciso segundo del Decreto 1794 de 2000...” (Resalta el Despacho)

Tal posición también ha sido asumida por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencias de fechas 5 de febrero de 2015, radicado 2013-00012-01 Actor: Pedro Erasmo Jaimes Maldonado y de 15 de diciembre de 2015, radicado 2013-00059-01, Actor: Luis Eduardo Mesa Luna; en las que se confirmaron las decisiones de primera instancia, que habían ordenado reajustar las asignaciones básicas percibidas por los accionantes que fueron liquidadas sobre el 40% del salario, indicando:

“...aun cuando la incorporación como soldado 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 profesionales, disponiendo para éstos el pago de un salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60%...”

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 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...” [33] (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 caso¹, 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 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.

¹ 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.

Para esta Sala resulta claro que la interpretación que hace el Tribunal no es razonable, conlleva la incorrecta aplicación del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, y se halla en contravía de lo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, pues, en la aplicación e interpretación de la norma acoge la situación menos favorable, desconociendo que lo dispuesto en dicho inciso, para quienes ya venían vinculados como soldados profesionales, se les 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 caso², 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 empleador. Dicha controversia fue dirimida en los siguientes términos:

Tal y como se refirió en acápites 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 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 2° del artículo 1° 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.

² 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.

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.

3. Caso concreto

En el *sub lite*, se probó que mediante Resolución No. 1992 de 8 de abril de 2012, se reconoció al demandante Soldado Profesional® Julio Javier Bermúdez Ruíz asignación mensual de retiro (fl. 28) y que elevó derecho de petición el 6 de septiembre de 2013, solicitando la reliquidación de la asignación de retiro, para que se tomara como partida computable, la asignación establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000 (fl. 32 s.).

La mencionada solicitud fue denegada mediante el oficio No. 2013-54097 de 23 de septiembre de 2013 (fl.36), del cual se pretende la nulidad en el presente medio de control.

Ahora bien, en la hoja de servicios N° 3-7165962 correspondiente al soldado profesional Julio Javier Bermúdez Ruíz (fl. 37-38), se observa una relación detallada del tiempo de servicios, así:

CONCEPTOS	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	AÑOS	MESES	DÍAS
Soldado Regular	1990-12-13	1992-06-20	1	6	7
Tiempo de servicio militar cumplido	1992-06-20	-	-	-	-
Soldado voluntario	1992-06-21	2003-10-31	11	4	10
Soldado profesional	2003-11-01	2012-02-28	8	3	27
Por tener derecho a la pensión	2012-02-28	-	-	-	-

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 paso a ser soldado voluntario el 21 de junio de 1992 finalizando el 31 de octubre de 2003.

Ahora, como se observa en la hoja de servicios y tal y como lo expresó la Entidad en la certificación solicitada por el Despacho (f. 194 s.), 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 28 de febrero de 2012, fecha de su retiro.

Entonces, como quiera que el soldado profesional Julio Javier Bermúdez Ruíz 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 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000.

Así pues, es claro que el demandante quedó cobijado por el régimen de transición previsto en el Decreto 1794 de 2000, es decir, que tenía derecho a percibir en servicio activo 1SMMLV adicionado con el 60% del mismo salario. Ahora, no pasa por alto el Despacho que el accionante no devengó en el aumento deprecado, 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; dicho precepto debe ser inaplicado por haber omitido el régimen de transición previsto en el Decreto 1794 de 2000.

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 4° 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 declarará la inaplicación de 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 2° 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 expidieran en desarrollo de la Ley 923 de 2004, a este 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.

En suma, como quiera que se aplicó una norma inconstitucional para el caso concreto y por haber sido desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado procede declarar su nulidad, pues de acuerdo al marco jurídico esbozado y los elementos probatorios obrantes en el expediente, al señor Julio Javier Bermúdez Ruíz le asiste el derecho a que la asignación de retiro que percibe sea reliquidada.

4. De la prescripción

Teniendo en cuenta que en el plenario se acreditó que el accionante se desempeñaba como Soldado Profesional del Ejército Nacional, (f. 37), le es aplicable lo dispuesto 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 113. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieren exigibles.

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 Sueldos de Retiro de la Policía Nacional”

Frente al particular, ha de señalarse que si bien es cierto el Decreto 4433 de 2004, estableció un nuevo término prescriptivo de tres (3) años,

atendiendo a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de 12 de febrero de 2009, con radicación interna (2043-08) siendo actor Jaime Alfonso Morales, reiterada en sentencia de 11 de marzo de 2010, radicación: 250002325000200800328 01, actor: Manuel Rodríguez Rodríguez; el mismo no es aplicable, porque la Ley 923 de 2004 no facultó al Presidente de la República para establecer un nuevo término prescriptivo.

Para el caso de autos se observa que al actor le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 1992 de 18 de abril de 2012 (f. 39 s.), la petición de reajuste se efectuó el 6 de septiembre de 2013 (f.32-35) y la demanda fue presentada el 13 de junio de 2014 (fl. 29 vto.); por consiguiente, no operó la prescripción del derecho reclamado.

5. De las costas

En la demanda se solicita que la condena en costas se realice conforme al artículo 392 del CPC, frente a lo cual, el Despacho precisa que a partir del 1º de enero del corriente, el Código General del Proceso entró en vigencia íntegramente en todos los distritos judiciales del país, por lo que se condenará en costas a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: 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, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2013-54097 de 23 de septiembre de 2013, por medio del cual la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste de la asignación de retiro del señor Julio Javier Bermúdez Ruíz, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación de retiro del señor Julio Javier Bermúdez Ruíz identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.165.962, a partir del **28 de mayo de 2012**, teniendo en cuenta como cuantía el setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. Adviértase que la asignación mensual de retiro no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: ORDENASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a pagar indexación de 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 H. Consejo de Estado y devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

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

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 cada pago.

QUINTO: Condénese 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.

SEXTO: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 y 115 del C.G.P. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable expresa remisión del artículo 306 del CPACA.

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: NOTIFÍQUESE por Secretaría el contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez