



caj

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

Tunja, veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016)

**Demandante: Juan Pablo Torres Wilches**  
**Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**  
**Radicación : 150013333011201500065-00**  
**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 Juan Pablo Torres Wilches, 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 Juan Pablo Torres Wilches, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad de los actos administrativo Nos.2013-55930 de 28 de septiembre de 2013 y 2013-56534 de 1º de octubre de 2013, mediante los cuales se negaron las solicitudes de reajuste de la 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 inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).

A título de restablecimiento también pide que se condene a la Entidad demandada a liquidar la asignación de retiro de conformidad con lo

establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, con el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad. Igualmente que se reajuste la asignación de retiro, año por año, a partir de su reconocimiento, con los nuevos valores que arroje la reliquidación.

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.3).

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.

Señala que por virtud del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, se fijó la asignación básica para los soldados profesionales en un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario y que a su vez en el inciso segundo del mismo artículo, se estableció un régimen de transición para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 tenían la condición de soldados voluntarios, indicando que éstos seguirían percibiendo como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario.

206

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.532 de 16 de febrero de 2011.

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.

Asegura que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, teniendo en cuenta el 70% del salario mensual adicionado del 38,5% de la prima de antigüedad.

Expresa que mediante derecho de petición de 13 de septiembre de 2013, se pidió que en la liquidación de su asignación de retiro se tomara como asignación básica el salario establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000. Solicitud que fue resuelta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante oficio No.2013-56534 de 1º de octubre de 2013, negando lo pedido, agotándose de esta forma la vía administrativa.

Indica que mediante solicitud de 13 de septiembre de 2013, el accionante solicitó que se reajustara su asignación de retiro teniendo en cuenta la forma de liquidación establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Refiere que a través de Oficio No. 2013-55930 de 28 de septiembre de 2013, la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars negó el reajuste solicitado.

### **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 y 4433 de 2004.

Sostiene que a través del Decreto 1794 de 2000, se creó la posibilidad para los soldados voluntarios de las Fuerzas Militares, de poder ingresar a “...la nueva figura conocida como soldados profesionales y a manera de motivación se les garantizó que continuarían percibiendo el mismo monto como asignación mensual. Creando así bajo este supuesto, un derecho de tipo personalísimo de orden patrimonial que una vez reconocido y pagado queda incorporado en la mesada del pensionado...” (f.5)

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.6)

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.

Asegura 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, contrariando uno de los fundamentos establecidos en la Ley 923 de 2004, Ley marco de pensiones aplicable a la Fuerza Pública.

Resalta en la importancia que representa el principio de progresividad en la cobertura de la Seguridad Social, señalando que no puede una ley posterior 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, aduce que 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 prohibición de la regresividad de los derechos sociales.

Explica que el accionante hasta el 31 de octubre de 2003 recibió como asignación mensual un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario de conformidad con la Ley 131 de 1985 y el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 y que el Comando del Ejército Nacional en forma arbitraria, a partir del mes de noviembre de 2003, disminuyó la asignación básica del demandante a un 40% del mismo salario, afectando de forma significativa el mínimo vital.

Insiste en que la seguridad social es un derecho irrenunciable y agrega que debido a la posición dominante de los mandos del Ejército Nacional, el actor

tuvo que esperar a encontrarse en situación de retiro para tramitar el presente medio de control.

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...” (f.10).

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. Sustenta su argumento transcribiendo apartes de sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las que se decidieron casos sobre la asignación básica de los soldados profesionales.

Explica que existe una indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la citada norma y el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794, toda vez que incurre en error en el cálculo del valor de la asignación de retiro,

188

pues toma equívocamente los factores y porcentajes a liquidar, por lo que solicita que en la liquidación de la pensión del actor, no se aplique el 70% a la prima de antigüedad sino que el 38.5% de esta partida se adicione al 70% de la asignación básica.

Finalmente, advierte que la Entidad demandada incurrió en falsa motivación, pues de una parte, 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 y de otro lado, se dio una incorrecta aplicación de los métodos de interpretación normativa respecto del porcentaje en el que se debe calcular el monto de la asignación de retiro del actor.

#### **4. Contestación de la demanda**

El apoderado judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (f. 49 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.50).

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.

Indica que la Entidad accionada carece de legitimación en la causa por pasiva, habida cuenta que no es competente para resolver lo relativo a los reajustes correspondientes a la época en que era militar activo, así como tampoco puede reliquidar la asignación de retiro desde la fecha de retiro, dado que la misma se encuentra ajustada a la normatividad vigente y a la hoja de servicios enviada por el Ministerio de Defensa.

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 (f. 242), la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares guardó silencio. La parte actora presentó alegatos en los siguientes términos (f. 261 s.):

Frente a la primera pretensión, indica que como quedó demostrado, el demandante fue soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985 y tenía esa condición a 31 de diciembre de 2000 y fue promovido a soldado profesional a partir del 1º de noviembre de 2003, cumpliendo con las condiciones establecidas en el Decreto 1794 de 2000 para que se le aplique el régimen de transición y su liquidación de la asignación de retiro se haga tomando como base de liquidación la asignación básica dispuesta en el inciso segundo del artículo primero de la citada norma.

Frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en la que alega no ser la Entidad encargada de la elaboración de la hoja de servicios, documento base para la asignación de retiro; explica que la base de liquidación motivo de la presente controversia, no está determinada por la hoja de servicios sino que está contemplada en el Decreto 1794 por remisión expresa del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, norma de la cual se presume su legalidad y que además le da a la accionada, la función del reconocimiento de las asignaciones de retiro y por ello de resolver las controversias en relación a las mismas. Sustenta su tesis, relacionando algunos fallos proferidos en diferentes instancias judiciales.

En lo que tiene que ver con la segunda pretensión, reitera que la demandada al momento de liquidar aplica un 70% a la sumatoria de la asignación básica más la prima de antigüedad de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de esa manera está realizando una doble afectación a dicha prestación transgrediendo así la norma, siendo una operación aritmética que al ser aplicadas de una u otra manera afecta directamente el monto de la mesada que debe recibir el actor.

Luego de citar la sentencia del Consejo de Estado de fecha 29 de abril de 2015 para precisar cuál es la correcta liquidación de la prima de

antigüedad en la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, concluye que se debe ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del actor, “...tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario), igualmente se aplique correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que indica que al 70% de la asignación básica se le debe adicionar el 38,5% como prima de antigüedad...” (f.272)

## **II. 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**

Corresponde al Despacho establecer i) si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada teniendo como base de liquidación el salario incrementado en un 60% del mismo salario, en virtud de lo establecido en el artículo 4° de la Ley 131 de 1985 y en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y 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.

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 2° del artículo 1° 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

290

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   
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 caso<sup>1</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 sin distinción alguna, es el

---

<sup>1</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.

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>2</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 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*

---

<sup>2</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.

*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.*

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 1° 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.

En torno a la forma en la cual deben 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>3</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).*

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>4</sup> en sentencia de fecha 16 de diciembre de 2015, cuando al resolver un caso similar

---

<sup>3</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.

<sup>4</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.

2aA

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 ésta.

### **3. Caso concreto**

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

En el sub examine se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 0532 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, 2 meses y 15 días, 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 1° del Decreto-ley 1794 de 2000), adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad” (fl. 21 s).

Según la certificación de partidas computables (f.155), la asignación de retiro del actor para los años 2011, 2012, 2013 y 2014 fue liquidada con los siguientes porcentajes:

“

|                                      | <i>AÑO 2011</i>              | <i>AÑO 2012</i>              |
|--------------------------------------|------------------------------|------------------------------|
| <i>Sueldo Básico</i>                 | <i>\$749.840<sup>5</sup></i> | <i>\$793.380<sup>6</sup></i> |
| <i>Prima de antigüedad 38,5%</i>     | <i>\$288.688</i>             | <i>\$305.451</i>             |
| <i>Subtotal</i>                      | <i>\$1.194.424</i>           | <i>\$1.098.831</i>           |
| <i>Porcentaje de liquidación 70%</i> |                              |                              |
| <i>Total</i>                         | <i>\$836.097</i>             | <i>\$769.182</i>             |

  

|                                      | <i>AÑO 2013</i>              | <i>AÑO 2014</i>              |
|--------------------------------------|------------------------------|------------------------------|
| <i>Sueldo Básico</i>                 | <i>\$825.300<sup>7</sup></i> | <i>\$862.400<sup>8</sup></i> |
| <i>Prima de antigüedad 38,5%</i>     | <i>\$317.741</i>             | <i>\$332.024</i>             |
| <i>Subtotal</i>                      | <i>\$1.143.041</i>           | <i>\$1.194.424</i>           |
| <i>Porcentaje de liquidación 70%</i> |                              |                              |
| <i>Total</i>                         | <i>\$800.128</i>             | <i>\$836.097”</i>            |

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 del acto demandado oficio No.0055930 de 2013 y a título de restablecimiento se ordenará reajustar la asignación de retiro a partir del **28 de febrero de 2011**, aplicando el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al sueldo básico señalado como partida computable; 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.

<sup>5</sup> SMLMV del año 2011=535.600 x 40%= 749.840

<sup>6</sup> SMLMV del año 2012=566.700 x 40%= 793.380

<sup>7</sup> SMLMV del año 2013=589.500 x 40%= 825.300

<sup>8</sup> SMLMV del año 2014=616.000 x 40%= 862.400

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

En el *sub lite*, se probó que el demandante elevó derecho de petición el 13 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 (f. 26 s.).

La mencionada solicitud fue denegada mediante el oficio No. 0056534 de 1º de octubre de 2013 (f.141), del cual se pretende la nulidad en el presente medio de control.

Ahora bien, en la hoja de servicios N° 3-6772753 correspondiente al soldado profesional Juan Pablo Torres Wilches (f. 31), se observa una relación detallada del tiempo de servicios, así:

| CONCEPTOS                           | FECHA INICIAL | FECHA FINAL | AÑOS | MESES | DÍAS |
|-------------------------------------|---------------|-------------|------|-------|------|
| Soldado Regular                     | 1983-06-17    | 1984-11-02  | 1    | 4     | 15   |
| Tiempo de servicio militar cumplido | 1984-11-02    | -           | -    | -     | -    |
| Soldado voluntario                  | 1990-09-01    | 2003-10-31  | 13   | 2     | 0    |
| Soldado profesional                 | 2003-11-01    | 2004-05-12  | 0    | 6     | 11   |
|                                     | 2005-11-16    | 2010-11-30  | 5    | 0     | 14   |
| Por tener derecho a la pensión      | 2010-11-30    | -           | -    | -     | -    |

Entonces, es claro que el accionante ingresó a la Fuerza Pública como soldado regular desde el 17 de junio de 1983 hasta el 2 de noviembre de 1984; que por virtud de la Ley 131 de 1985 paso a ser soldado voluntario el 1º de septiembre de 1990 finalizando el 31 de octubre de 2003.

Ahora, como se observa en la hoja de servicios (f. 31), 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 30 de noviembre de 2010, fecha de su retiro.

Entonces, como quiera que el soldado profesional Juan Pablo Torres Wilches se vinculó como soldado voluntario el 1º de septiembre de 1990 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 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 inaplicable 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 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 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 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 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 oficio No.0056534 de 2013 procede declarar su nulidad, pues de acuerdo al marco jurídico esbozado y los elementos probatorios obrantes en el expediente, al señor Juan Pablo Torres Wilches 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. 0532 de 16 de febrero de 2011, efectiva a partir del 28 de febrero de 2011 (f. 32 s.), interrumpiéndose la prescripción con las solicitudes de reajuste presentadas el 13 de septiembre de 2013 (f.23 s., 26 s.), razón por la cual el Despacho advierte que el fenómeno prescriptivo no operó en el caso de autos.

## 5. De las costas

La Entidad accionada solicita que en caso que proceda la condena en costas, esta 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: DECLARASE no probada** la excepción de **Prescripción** propuesta por la Entidad demandada.

**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, por las razones expuestas en la presente providencia.

**TERCERO: DECLÁRASE** la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios Nos.2013-0055930 de 28 de septiembre de 2013 y 2013-0056534 de 1º de octubre de 2013, por medio de los cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste de la asignación de retiro del señor Juan Pablo Torres Wilches, por las razones expuestas en la parte motiva.

**CUARTO:** 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 Juan Pablo Torres Wilches identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.772.753, a partir del **28 de febrero de 2011**, aplicando el 70% de que trata el artículo 16

del Decreto 4433 de 2004 **al salario mensual señalado en el artículo 4° de la Ley 131 de 1985**; 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. Adviértase que la asignación mensual de retiro no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**QUINTO: 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.

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

**SÉPTIMO:** 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

298

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.

**OCTAVO:** 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.

**NOVENO: 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