



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
RADICACIÓN No.: 110013335012-2016-00502-00  
ACCIONANTE JOSE BERNEL CASTILLO  
ACCIONADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

**ACTA No. 156 -18  
AUDIENCIA INICIAL  
ART. 180 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los 26 días del mes de abril de 2018, siendo las 09:30 a.m. de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario Ad hoc, constituyó audiencia pública en la **Sala 36** del Complejo Judicial CAN y la **DECLARÓ ABIERTA** a efecto de adelantar la audiencia inicial, dentro del presente proceso con la asistencia de los siguientes

**1. INTERVINIENTES**

**PARTE DEMANDANTE:** ALVARO RUEDA CELIS

**PARTE DEMANDADA:** ASTRITH SERNA VALBUENA

Se reconoce **personería jurídica** de conformidad con el poder allegado a esta audiencia.

Se deja constancia que no se hizo presente **Representante del Ministerio Público**.

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del Proceso
2. Decisión sobre Excepciones Previas
3. Fijación del Litigio
4. Conciliación
5. Decreto de Pruebas
6. Alegaciones Finales
7. Juzgamiento

**ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO**

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se

pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

### **Decisión notificada en estrados**

#### **ETAPA II: EXCEPCIONES PREVIAS.**

*El apoderado de la accionada propuso como excepción previa, la falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que su representada no hace parte de la problemática que gira en torno al tema del reajuste de los soldados profesionales e infantes de marina, con el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.*

*Al respecto afirma que el salario reconocido a los soldados profesionales en cuantía del 40%, es una situación cuya responsabilidad radica exclusivamente en el Ministerio de Defensa, pues esta entidad canceló el salario en dicha cuantía y de igual manera expidió la hoja de servicios, con la cual CREMIL efectúa el reconocimiento prestacional una vez se verifica el cumplimiento de los requisitos por parte del titular.*

#### **Para resolver se considera.**

*Sobre la competencia de CREMIL para modificar la asignación básica mensual, el Consejo de Estado ha señalado:<sup>1</sup>*

*“ En lo que respecta a la autoridad competente para resolver a solicitud de reajuste de la asignación, en efecto, encuentra La Sala que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es la responsable de reconocer y pagar las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones que la ley señale, a quienes adquieran este derecho, y, por tanto, el hecho de incluir o no en el petitum de la demanda al Ministerio de Defensa, no es óbice para negar la pretensión a que se refiere el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, tal y como se concluyó en la citada providencia de 22 de octubre de 2015 (expediente núm., 2015- 02516, Consejero ponente, Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez).”*

*Con fundamento en la citada jurisprudencia, este Despacho advierte que la demandada CREMIL se encuentra legitimada por pasiva para reliquidar la asignación de retiro del actor, esto de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000<sup>2</sup>, facultad que se extiende*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, sentencia de 2 de marzo de 2016, expediente núm. 2015-02617 Actor: Nelson Santiesteban López. M.P. María Elizabeth García González.

<sup>2</sup> ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

aun cuando el Ministerio de Defensa Nacional no canceló o no reconoció el derecho salarial como en efecto ocurrió en le subjujice. toda vez que en el evento de modificar la asignación de retiro. la caja puede reclamar al Ministerio las diferencias de las cotizaciones.

Hechas las anteriores precisiones, no prospera la excepción previa de "Falta de legitimación por pasiva".

**Decisión notificada en estrados**

**ETAPA III - DE FIJACIÓN DEL LITIGIO**

<b>JOSE BERNEL CASTILLO</b> C.C. 5.660.474 <b>Hoja de servicios Nos. 3-5660474 29 de enero 2014 (Fl. 7)</b>
<b>TIEMPO SERVICIOS</b> 21 años, 02 meses y 10 días.
<b><u>ACTO DE RECONOCIMIENTO</u></b> Resolución Nro 1743 de 11 de marzo de 2014, ordenó el pago de la asignación de retiro como Soldado Profesional (R) en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad a partir del 15 de abril de 2014. (fl 08)
<b><u>PARTIDAS COMPUTABLES PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO</u></b> Sueldo básico y prima de antigüedad. (Fl. 08).
<b><u>VINCULACIÓN SOLDADO VOLUNTARIO</u></b> 10 de julio de 1994 al 31 de octubre de 2003 (fl 07)
<b><u>FECHA PETICIÓN</u></b> 06 de agosto de 2015 (fl 2)
<b><u>PRETENSIONES</u></b> Reliquidación de su asignación de retiro: i) Con base a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir sobre el salario mínimo incrementado en un 60%. ii) Sin afectar doblemente la partida de prima de antigüedad.
<b><u>ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO</u></b> Oficio 2015-56314 del 13 de agosto de 2015. (fl 5)

**Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se manifiesten sobre los hechos tenidos como probados anteriormente por el despacho.**

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que para el caso que aquí nos convoca el litigio se contrae a determinar si le asiste derecho al demandante a que se le reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta teniendo en cuenta i) el incremento del salario percibido en actividad, es decir en un 60%, y ii) la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total por interpretación favorable del artículo 2º del Decreto 1794.

**Decisión notificada en estrados**

#### **ETAPA IV: ETAPA DE CONCILIACIÓN**

*Se concede el uso de la palabra al apoderado de la entidad con el objeto de que indique si le asiste ánimo conciliatorio.*

*El apoderado de la entidad decide no conciliar de conformidad con el Acta levantada por el Comité, la cual allega a esta audiencia.*

*Atendiendo las manifestaciones de la entidad en el sentido de no existir ánimo conciliatorio, el Juzgado se abstiene de proponer formula alguna. En consecuencia, se da por agotada la etapa de conciliación.*

**Decisión queda notificada en estrados.**

#### **ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS**

*A continuación el Despacho procede a **DECRETAR LAS PRUEBAS**, de la siguiente forma.*

*Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda y el de contestación a la misma, y que son las que obran en el expediente que aquí nos ocupan.*

*Ahora bien en razón a que no existe más pruebas por practicar, se declara cerrada la presente etapa probatoria y se ordena continuar con el normal trámite de la audiencia.*

**Decisión queda notificada en estrados.**

#### **ETAPA VI. ALEGACIONES FINALES**

*A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión.*

*Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.*

#### **ETAPA VII. FALLO**

##### **PROBLEMA JURÍDICO**

*Consiste en determinar si la asignación de retiro que recibe el señor **JOSE BERNEL CASTILLO** en su calidad de Soldado Profesional (R) debe reajustarse teniendo en cuenta i ) el incremento del salario percibido en actividad en un 60% de conformidad a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000. ii) si la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total.*

21

Para resolver el problema, el Despacho hará una breve presentación normativa y jurisprudencial del tema que será aplicada posteriormente al caso en concreto.

## CONSIDERACIONES

### **RECONOCIMIENTO DEL 60% SOBRE EL SALARIO BASE DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES E INFANTES DE MARINA**

Para el reconocimiento de un salario mínimo incrementando en un 60% como salario base que percibía el soldado voluntario, cuando fue convertido de manera obligatoria por "orden militar" a soldado profesional, debe partirse de las siguientes normas:

La ley 131 de 1985, que regula el servicio militar voluntario, indica en el artículo 4° <sup>(3)</sup> que quien lo preste, devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

A su vez, el Decreto 1793 de 2000, estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares; permitiendo con el artículo 42 <sup>(4)</sup>, su aplicación tanto a los soldados voluntarios incorporados conforme a la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales, cuyo fundamento es el régimen salarial y prestacional de la Ley 4 de 1992.

Con base en lo anterior, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, el cual reguló el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales indicando en su artículo 1° lo siguiente:

**"ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)." (Negritillas del Despacho)

La interpretación de esta normatividad, la hizo recientemente el Consejo de Estado<sup>5</sup> con criterio unificador en los siguientes términos:

Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente (...) en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60%

<sup>3</sup> ARTÍCULO 4°.- El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

<sup>4</sup> ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sentencia de Unificación al 25 de agosto de 2016, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación número: C-15012-82197-533501-20160006001.

sobre el mismo salario.

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

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

*En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%."*

De igual manera, en relación con las demás prestaciones que señala el Decreto 1794 de 2005 para los soldados profesionales, el alto Tribunal señaló:

*"Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico: (...)*

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

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia y atendiendo el principio de respeto por los derechos adquiridos y de igualdad, los soldados y/o infantes de marina voluntarios que estuviesen vinculados a 31 de diciembre de 2000 en las Fuerzas Militares son beneficiarios del incremento del 60% sobre el salario mínimo, por mandato expreso del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. **cuyos efectos son extensivos en la liquidación de las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad; el subsidio familiar y las cesantías.** Por tanto, tiene también incidencia directa en la base de liquidación de la asignación de retiro.

## **PRIMA DE ANTIGÜEDAD**

Solicita el actor en este punto que a la partida de prima de antigüedad del 38.5% no se le aplique el 70 con el que se liquida la asignación de retiro conforme al artículo 16 del Decreto 4433 del 2004.

El Despacho encuentra que sobre el tema la jurisprudencia ha venido accediendo a la pretensión, ordenando liquidar la prima de antigüedad con el 38.5%, resultado que se adiciona directamente al 70% del salario básico.

Dicha fórmula fue adoptada por cuanto se advirtió que la Asignación de retiro de los soldados profesionales era liquidada de manera desigual e inequitativa en comparación con la forma en que se liquidaba a los restantes miembros de las fuerzas militares y por ende aplicar a la prima de antigüedad el 70% para establecer la asignación de retiro, de la manera en que se hace para los demás miembros de la fuerza arrojaba un valor muy disminuido de la asignación.

Este Despacho puesto en la tarea de revisar las razones por las cuales se presenta la tan denotada desigualdad consideró, en providencia anterior, que existía una omisión legislativa y con fundamento en ella modificó la fórmula que en términos generales se viene aplicando en la jurisdicción contenciosa administrativa, sin embargo, revisado nuevamente el tema se advierte que, en realidad, no se tipifica la supuesta omisión legislativa sino que se trata de un asunto de inconstitucionalidad de los artículos 13 y 18 del Decreto 4433 del 2004.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL art 13 del Decreto 4433 del 2004 NUMERAL 13.2.2 “Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”**

El art 13 del Decreto 4433 del 2004 establece las partidas computables para determinar el monto de la asignación de retiro.

*ARTICULO 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:*

***13.1 Oficiales y Suboficiales:** 13.1.1 Sueldo básico. 13.1.2 Prima de actividad. 13.1.3 Prima de antigüedad. 13.1.4 Prima de estado mayor. 13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 60 del presente Decreto. 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. 13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

***13.2 Soldados Profesionales:** 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 del Decreto-ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto. (Se subraya)*

Como se puede observar, el numeral 13.1 regula para los oficiales y suboficiales la inclusión total de la prima de antigüedad, en tanto que en el numeral 13.2 la limita a los porcentajes establecidos en el art. 18 de la misma reglamentación.

La diferencia obedece a que los primeros cotizan en actividad sobre el total de la prima en tanto que a los soldados profesionales el legislador estableció la base de liquidación disminuyéndola según los años de servicio.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado en la Constitución Política. Acto legislativo 01 del 2005. las pensiones, asignación de retiro en este caso.

están directamente relacionadas con las cotizaciones que se hicieron en actividad.

*“ Art. 1. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones ”*

En ese sentido se otorga como tasa de retorno el 70% del valor de dichas partidas. Y así se dispuso en el caso de los oficiales y suboficiales quienes cotizaron sobre el 100% de valor:

**ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (...) 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, así:

*Art. 15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.*

Pero, como ya se dijo, en el caso de los soldados la base de cotización de la prima de antigüedad varió, en los términos dispuestos en el artículo 18 de la misma normatividad:

*18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.*

*18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.*

*18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.*

*18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.*

*18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.*

*18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.*

*18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.” (Negrillas del Despacho)*

Lo anterior significa que el soldado que se jubile con 20 años de servicio, para tomar un ejemplo, cotizó solo 9 años con el 38.5%, en tanto que los primeros once años realizó aportes sobre una base superior, razón por la cual resulta contrario al precepto constitucional que reciba sólo el 38%, cuando el mandato establece una directa relación entre aportes y pensión de manera que la capitalización de los aportes permitan sostener la pensión; consentir que la entidad administradora de los recursos pensional, CREMIL, se haya usufructuado del mayor valor de aportes y no devuelva en pensión lo aportado por el actor, resulta inconstitucional.

Bajo estas consideraciones el mencionado artículo debe ser inaplicado.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL art 18 del Decreto 4433 del 2004 NUMERAL 13.2.2 “Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”**

**ARTÍCULO 18. APORTES DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES.** Los Soldados Profesionales de las Fuerzas

Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004 porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

Para el Despacho, la intención del legislador con esta "prebenda" fue favorecer al soldado profesional sin embargo terminó afectándolo gravemente en sus derechos pensionales

En primer lugar es importante destacar que la prima de antigüedad hace parte del salario base de cotización para la asignación de retiro de los soldados profesionales, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.

ARTICULO 39. REGIMEN DE PENSIONES. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993. El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. (...)

PARAGRAFO 1. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.

De acuerdo a la norma, que por demás se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2005, la pensión o asignación de retiro se rige por el sistema de capitalización. Es decir, que **sobre el salario** se tiene que cotizar para que el rendimiento de esos aportes sostengan la pensión y no se vaya a modificar en su condición de pensionado el nivel de vida que mantuvo

cuando era empleado. derecho relacionado con el mínimo vital y condiciones de vida digna.

En el caso de los soldados el salario está integrado por la asignación básica y la prima de antigüedad. de manera que los aportes deben liquidarse sobre la base del salario y no como se previó en el Decreto 4433 del 2004, porque de acuerdo a él se termina afectando la pensión del soldado o la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Al realizar este tipo de ponderación la jurisprudencia constitucional ha optado por amparar el derecho pensional y buscar mediante el pago actualizado de los aportes evitar un grave perjuicio de la sostenibilidad del sistema pensional.

Así las cosas, el Despacho inaplicará igualmente esta disposición y procederá a ordenar que la asignación de retiro se liquide con el 70% del salario, esto es con las partidas de asignación básica y prima de antigüedad, elementos que lo integran según lo dispone el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.

Comoquiera que se decide inaplicar estas disposiciones, la prima de antigüedad que se incluye en la asignación de retiro es del 100% de lo devengado en actividad y a ella se le aplica el 70%.

### **CASO CONCRETO**

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al actor **JOSE BERNEL CASTILLO** una asignación de retiro mediante Resolución Nro 1743 de 11 de marzo de 2014, en cuantía del 70%, con una prima de antigüedad, adicionada en un 38.5% devengado en actividad en su calidad de Soldado profesional.

Con la hoja de servicios **3-5660474** se puede colegir que se vinculó al ejército nacional el 10 de julio de 1994 al 31 de octubre de 2003 pasó a ser Soldado profesional prestando sus servicios hasta el 16 de abril de 2014, es decir que su vinculación al Ejército Nacional fue regida inicialmente por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985 y posteriormente por los Decretos 1793, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

En la misma hoja de servicios se relacionan las partidas computables y porcentajes tomados para liquidar la asignación de retiro del demandante, donde se constata el sueldo básico, y la prima de antigüedad (38.5).

### **Respecto a la inclusión del 20% en la asignación de retiro.**

El Despacho tiene en cuenta lo manifestado por la apoderada de la parte accionada en cuanto a que la entidad ya ha hecho el reconocimiento de la reliquidación del 40% al 60%. sin embargo como se trata de un acto que generó efectos jurídicos durante su vigencia, el Despacho se ve en la obligación de continuar con el proceso a efectos de retrotraer la decisión de la administración como consecuencia de la eventual nulidad.

En ese sentido acuerdo a la sentencia de unificación reseñada y a la situación fáctica anotada en el subjuice, se puede colegir que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2°

201

del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por cuanto estaba vinculado como soldado voluntarios a 31 de diciembre de 2000 y pasó a ser infante profesional a partir del 14 de agosto de 2003, razón por la cual tiene derecho a que su asignación básica fuera de un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y no en el 40% como lo venía liquidando la Caja y por lo tanto esta misma es la que debe ser tomada para su asignación de retiro.

**Respecto al reajuste por la inclusión de la prima de antigüedad.**

Acorde con el análisis que se hizo en el acápite normativo que precede, la interpretación que debe inaplicarse por inconstitucionalidad al artículo 13.2.1 del Decreto 4433 del 2004 implica que el salario mensual como partida computable para la asignación de retiro del soldado profesional comprende la asignación básica más el 100% de la prima de antigüedad que devengaba al momento del retiro, pues sobre el monto total de esos factores debió cotizar a seguridad social durante su vinculación laboral y en consecuencia tiene el derecho constitucional a recibir en retorno el equivalente al 70% de dichos aportes.

Asignación de Retiro = 70% [Sueldo básico: 1.6 SMMLV + Prima de Antigüedad]

Corolario de lo visto la fórmula de liquidación de la asignación es la siguiente:

<b>Partidas Computables</b>	<b>%</b>
Sueldo básico soldados profesionales (SMMLV + 60%)	60
La prima de antigüedad que se devengó en actividad, cuyo reconocimiento máximo solo puede ser del 58.5%	58.5
<b>Asignación de retiro corresponde al 70% de las dos partidas anteriores</b>	<b>70</b>

Las Liquidaciones que se ordenan en este fallo deberán efectuarse teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante previo al reconocimiento de la asignación de retiro, esto es, al salario básico devengado, que como se dijo corresponde al salario mínimo incrementado en un 60%, deberá sumarse la prima de antigüedad en el porcentaje reconocido en actividad del 58.5%) y de este resultado tomarse el 70% que corresponde a la asignación de retiro.

Sobre las diferencias que resulten a favor del actor, la entidad demandada deberá descontar en forma actualizada el valor de los aportes con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por todo el tiempo en que el demandante no haya realizado el respectivo aporte y por las diferencias sobre los aportes que debió realizar tomando el 100% de la prima de antigüedad.

**PRESCRIPCION**

No existe prescripción por cuanto la asignación de retiro se reconoció a partir del 15 de abril de 2014 y la reclamación de reajuste fue presentada el 06 de agosto de 2015.

## INDEXACION

Los valores resultantes serán ajustados con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. bajo la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la asignación de retiro por el guarismo que resulta 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 (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago)

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

## CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

*“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De este manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

*“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*

*3.1 ASUNTOS.*

*3.1.1. Única instancia.*

*Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

*Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”*

Frente a lo anterior el Consejo de Estado<sup>6</sup> ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido,

<sup>6</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001 03 26-000 2013 00006 00:459871A

25

a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El proceso buscaba la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.
- Frente a la reliquidación de asignación básica existe sentencia de unificación razón por la cual la entidad ha venido realizando el reajuste de manera oficiosa en sede administrativa.
- Sobré las pretensiones de prima de antigüedad no existe línea jurisprudencial que pudiera seguir la entidad.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.
- Los apoderados de las partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso.
- La entidad demandada contestó el traslado de la demanda y propuso excepción previa que fue denegada.
- Las pretensiones del actor fueron concedidas.

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica y la complejidad del asunto, **se** condenará en costas por agencias en derecho a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por haber sido vencida en juicio a favor del demandante con medio (0.5) Salario mínimo legal mensual vigente.

#### **GASTOS DEL PROCESO**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

#### **RESUELVE**

**PRIMERO.** No declarar la prescripción por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. DECLÁRAR** la nulidad del Oficio 2015-56314 del 13 de agosto de 2015, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la petición presentada por el señor **JOSE BERNEL CASTILLO** identificado con C.C. **5.660.474**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO. CONDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a

reajustar la asignación mensual de retiro del señor **JOSE BERNEL CASTILLO** identificado con C.C. **5.660.474**, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y cancelar las diferencias indexadas producto del reajuste ordenado desde el 15 de abril de 2014, igualmente realizar los descuentos de ley en la proporción que corresponda al demandante por las diferencias salariales sobre las cuales debieron cancelarse los aportes durante la vida laboral, previo calculo actuarial y sobre el incremento de la asignación de retiro ordenada, desde su causación hasta la ejecutoria de la sentencia.

**CUARTO.** La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

**QUINTO. CONDÉNAR EN COSTAS POR AGENCIAS EN DERECHO** a la parte demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por la suma equivalente a medio (0.5) salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEXTO: DESTINAR** los remanentes de los gastos ordinarios del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEPTIMO. EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

#### Decisión notificada en estrados

La Señora Juez informa a las partes la posibilidad de interponer el Recurso de Apelación, el cual podrá ser sustentado por escrito dentro del término de ley.

**Parte Demandada: Interpone RECURSO y lo sustentara en el término legal**

Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia. No siendo otro el motivo de la misma se firma la presente acta por los asistentes.

La juez

  
YOLANDA VELASCO GUTIERREZ  
JUEZ

  
ALVARO RUEDA CELIS  
PARTE DEMANDANTE

96

**ASTRITH SERNA VALBUENA**  
**PARTE DEMANDADA**

**JOSÉ HUGO TORRES BELTRAN**  
**PROFESOR UNIVERSITARIO**



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**RADICACIÓN No.:** 110013335012-2016-00172-00  
**ACCIONANTE JOSE ROBERTO ESPITIA CASTELLANOS**  
**ACCIONADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

**ACTA No.157 -18**  
**AUDIENCIA INICIAL**  
**ART. 180 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los 26 días del mes de abril de 2018, siendo las 09:30 a.m. de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario Ad hoc, constituyó audiencia pública en la **Sala 36** del Complejo Judicial CAN y la **DECLARÓ ABIERTA** a efecto de adelantar la audiencia inicial, dentro del presente proceso con la asistencia de los siguientes:

**1. INTERVINIENTES**

**PARTE DEMANDANTE:** ALVARO RUEDA CELIS

**PARTE DEMANDADA:** ASTRITH SERNA VALBUENA.

Se reconoce personería jurídica a la abogada de conformidad con el poder allegado a esta audiencia.

Se deja constancia que no se hizo presente **Representante del Ministerio Público**.

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del Proceso
2. Decisión sobre Excepciones Previas
3. Fijación del Litigio
4. Conciliación
5. Decreto de Pruebas
6. Alegaciones Finales
7. Juzgamiento

**ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO**

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**; para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se

pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

**Decision queda notificada en estrados**

## **ETAPA II: EXCEPCIONES PREVIAS.**

El apoderado de la accionada propuso como excepción previa, la falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que su representada no hace parte de la problemática que gira en torno al tema del reajuste de los soldados profesionales e infantes de marina, con el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%

Al respecto afirma que el salario reconocido a los soldados profesionales en cuantía del 40%, es una situación cuya responsabilidad radica exclusivamente en el Ministerio de Defensa, pues esta entidad canceló el salario en dicha cuantía y de igual manera expidió la hoja de servicios, con la cual CREMIL efectúa el reconocimiento prestacional una vez se verifica el cumplimiento de los requisitos por parte del titular.

**Para resolver se considera.**

Sobre la competencia de CREMIL para modificar la asignación básica mensual, el Consejo de Estado ha señalado:<sup>1</sup>

Sobre la competencia de CREMIL para modificar la asignación básica mensual, el Consejo de Estado ha señalado:<sup>2</sup>

*“ En lo que respecta a la autoridad competente para resolver a solicitud de reajuste de la asignación, en efecto, encuentra La Sala que la Caja de Retiro de las fuerzas Militares es la responsable de reconocer y pagar las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones que la ley señale, a quienes adquieran este derecho, y, por tanto, el hecho de incluir o no en el petitum de la demanda al Ministerio de Defensa, no es óbice para negar la pretensión a que se refiere el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, tal y como se concluyó en la citada providencia de 22 de octubre de 2015 (expediente núm., 2015- 02516, Consejero ponente, Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez) ”.*

Con fundamento en la citada jurisprudencia, este Despacho advierte que la demandada CREMIL se encuentra legitimada por pasiva para reliquidar la asignación de retiro del actor, esto de conformidad con lo dispuesto en el

---

Consejo de Estado, sentencia de 2 de marzo de 2016, expediente núm. 2015-02617 Actor: Nelson Santiesteban Lopez, M.P. Maria Elizabeth Garcia Gonzalez.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, sentencia de 2 de marzo de 2016, expediente núm. 2015-02617 Actor: Nelson Santiesteban López, M.P. Maria Elizabeth Garcia Gonzalez.

inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000<sup>3</sup>, facultad que se extiende aun cuando el Ministerio de Defensa Nacional no canceló o no reconoció el derecho salarial como en efecto ocurrió en le subjuice, toda vez que en el evento de modificar la asignación de retiro, la caja puede reclamar al Ministerio las diferencias de las cotizaciones.

Hechas las anteriores precisiones, no prospera la excepción previa de "Falta de legitimación por pasiva".

**Decisión notificada en estrados**

**ETAPA III - DE FIJACIÓN DEL LITIGIO**

<p align="center"><b>JOSE ROBERTO ESPITIA CASTELLANOS</b>  <b>C.C. 7.171.912</b>  <b>Hoja de servicios Nos. 3-717912 23 DE ENERO DE 2015 (Fl. 7)</b></p>
<p align="center"><b>TIEMPO SERVICIOS</b></p>
<p>20 años, 03 meses y 12 días.</p>
<p align="center"><b><u>ACTO DE RECONOCIMIENTO</u></b></p>
<p>Resolución Nro 1536 de 16 de febrero de 2015, ordenó el pago de la asignación de retiro como Soldado Profesional (R) en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, a partir del 16 de abril de 2015. (fl 08)</p>
<p align="center"><b>PARTIDAS COMPUTABLES PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO</b></p>
<p>Sueldo básico, prima de antigüedad y subsidio familiar. (Fl. 08).</p>
<p align="center"><b><u>VINCULACIÓN SOLDADO VOLUNTARIO</u></b></p>
<p>01 de junio de 1996 al 31 de octubre de 2003 (fl 07)</p>
<p align="center"><b><u>FECHA PETICIÓN</u></b></p>
<p>23 de junio de 2015 (fl 3).</p>
<p align="center"><b><u>PRETENSIONES</u></b></p>
<p>Reliquidación de su asignación de retiro:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) Con base a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir sobre el salario mínimo incrementado en un 60%.</li> <li>ii) Sin afectar doblemente la partida de prima de antigüedad.</li> </ul>
<p align="center"><b><u>ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO</u></b></p>
<p>Oficio 2015-48284 del 15 de julio de 2015. (fl 3)</p>

<sup>3</sup> ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo aquí vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

**Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se manifiesten sobre los hechos tenidos como probados anteriormente por el despacho.**

*Escuchadas las partes, el Despacho advierte que para el caso que aquí nos convoca el litigio se contrae a determinar si le asiste derecho al demandante a que se le reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta i) el incremento del salario percibido en actividad, es decir en un 60%, y ii) la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total por interpretación favorable del artículo 2º del Decreto 1794.*

**Decisión notificada en estrados**

#### **ETAPA IV: ETAPA DE CONCILIACIÓN**

*Se concede el uso de la palabra al apoderado de la entidad con el objeto de que indique si le asiste ánimo conciliatorio.*

*El apoderado de la entidad decide no conciliar de conformidad con el Acta levantada por el Comité, la cual allega a esta audiencia.*

*Atendiendo las manifestaciones de la entidad en el sentido de no existir ánimo conciliatorio, el Juzgado se abstiene de proponer fórmula alguna. En consecuencia, se da por agotada la etapa de conciliación.*

**Decisión notificada en estrados**

#### **ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS**

*A continuación el Despacho procede a **DECRETAR LAS PRUEBAS**, de la siguiente forma.*

*Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda y el de contestación a la misma, y que son las que obran en el expediente que aquí nos ocupan.*

*Ahora bien en razón a que no existe más pruebas por practicar, se declara cerrada la presente etapa probatoria y se ordena continuar con el normal trámite de la audiencia.*

**Decisión notificada en estrados**

#### **ETAPA VI. ALEGACIONES FINALES**

*A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión.*

*Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.*

## ETAPA VII. FALLO

### PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la asignación de retiro que recibe el señor **JOSE ROBERTO ESPITIA CASTELLANOS** en su calidad de Soldado Profesional (R) debe reajustarse teniendo en cuenta i) el incremento del salario percibido en actividad en un 60% de conformidad a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, ii) si la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total.

Para resolver el problema, el Despacho hará una breve presentación normativa y jurisprudencial del tema que será aplicada posteriormente al caso en concreto.

### CONSIDERACIONES

#### **RECONOCIMIENTO DEL 60% SOBRE EL SALARIO BASE DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES E INFANTES DE MARINA**

Para el reconocimiento de un salario mínimo incrementando en un 60% como salario base que percibía el soldado voluntario, cuando fue convertido de manera obligatoria por "orden militar" a soldado profesional, debe partirse de las siguientes normas:

La ley 131 de 1985, que regula el servicio militar voluntario, indica en el artículo 4º <sup>(4)</sup> que quien lo preste, devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

A su vez, el Decreto 1793 de 2000, estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares: permitiendo con el artículo 42 <sup>(5)</sup>, su aplicación tanto a los soldados voluntarios incorporados conforme a la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales, cuyo fundamento es el régimen salarial y prestacional de la Ley 4 de 1992.

Con base en lo anterior, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, el cual regió el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales indicando en su artículo 1º lo siguiente:

**"ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por

<sup>4</sup> ARTÍCULO 4º.- El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Curso Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

<sup>5</sup> ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

*ciento (60%).” (Negrillas del Despacho)*

La interpretación de esta normatividad, la hizo recientemente el Consejo de Estado<sup>6</sup> con criterio unificador en los siguientes términos:

*Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente (...) en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.*

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

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

*En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.”*

De igual manera, en relación con las demás prestaciones que señala el Decreto 1794 de 2005 para los soldados profesionales, el alto Tribunal señaló:

*“Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico; (...)*

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

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia y atendiendo el principio de respeto por los derechos adquiridos y de igualdad, los soldados y/o infantes de marina voluntarios que estuviesen vinculados a 31 de diciembre de 2000 en las Fuerzas Militares son beneficiarios del incremento del 60% sobre el

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, Consejera Ponente: **Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez**, Radicación número: CF-SUJ2-850013333002201300060-01

120

salario mínimo, por mandato expreso del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, **cuyos efectos son extensivos en la liquidación de las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad; el subsidio familiar y las cesantías.** Por tanto, tiene también incidencia directa en la base de liquidación de la asignación de retiro.

### **PRIMA DE ANTIGÜEDAD**

Solicita el actor en este punto que a la partida de prima de antigüedad del 38.5% no se le aplique el 70 con el que se liquida la asignación de retiro conforme al artículo 16 del Decreto 4433 del 2004.

El Despacho encuentra que sobre el tema la jurisprudencia ha venido accediendo a la pretensión, ordenando liquidar la prima de antigüedad con el 38.5%, resultado que se adiciona directamente al 70% del salario básico.

Dicha fórmula fue adoptada por cuanto se advirtió que la Asignación de retiro de los soldados profesionales era liquidada de manera desigual e inequitativa en comparación con la forma en que se liquidaba a los restantes miembros de las fuerzas militares y por ende aplicar a la prima de antigüedad el 70% para establecer la asignación de retiro, de la manera en que se hace para los demás miembros de la fuerza, arrojaba un valor muy disminuido de la asignación.

Este Despacho puesto en la tarea de revisar las razones por las cuales se presenta la tan denotada desigualdad consideró, en providencia anterior, que existía una omisión legislativa y con fundamento en ella modificó la fórmula que en términos generales se viene aplicando en la jurisdicción contenciosa administrativa, sin embargo, revisado nuevamente el tema se advierte que, en realidad, no se tipifica la supuesta omisión legislativa sino que se trata de un asunto de inconstitucionalidad de los artículos 13 y 18 del Decreto 4433 del 2004.

### **EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL art 13 del Decreto 4433 del 2004 NUMERAL 13.2.2 “Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”**

El art 13 del Decreto 4433 del 2004 establece las partidas computables para determinar el monto de la asignación de retiro.

*ARTICULO 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:*

*13.1 Oficiales y Suboficiales: 13.1.1 Sueldo básico. 13.1.2 Prima de actividad. 13.1.3 Prima de antigüedad. 13.1.4 Prima de estado mayor. 13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 60 del presente Decreto. 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. 13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

13.2 Soldados Profesionales: 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000, 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.” (Se subraya)

Como se puede observar, el numeral 13.1 regula para los oficiales y suboficiales la inclusión total de la prima de antigüedad, en tanto que en el numeral 13.2 la limita a los porcentajes establecidos en el art. 18 de la misma reglamentación.

La diferencia obedece a que los primeros cotizan en actividad sobre el total de la prima en tanto que a los soldados profesionales el legislador estableció la base de liquidación disminuyéndola según los años de servicio.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado en la Constitución Política, Acto legislativo 01 del 2005, las pensiones, asignación de retiro en este caso, están directamente relacionadas con las cotizaciones que se hicieron en actividad.

“Art. 1. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”

En ese sentido se otorga como tasa de retorno el 70% del valor de dichas partidas. Y así se dispuso en el caso de los oficiales y suboficiales quienes cotizaron sobre el 100% de valor.

**ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (...) 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, así:

Art. 15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

Pero, como ya se dijo, en el caso de los soldados la base de cotización de la prima de antigüedad varió, en los términos dispuestos en el artículo 18 de la misma normatividad:

- 18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.
- 18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.
- 18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.
- 18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.
- 18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.
- 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.
- 18.3.7 **El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante**” (Negritas del Despacho)

Lo anterior significa que el soldado que se jubile con 20 años de servicio, para tomar un ejemplo, cotizó solo 9 años con el 38.5%, en tanto que los primeros once años realizó aportes sobre una base superior, razón por la

cual resulta contrario al precepto constitucional que reciba sólo el 38%, cuando el mandato establece una directa relación entre aportes y pensión de manera que la capitalización de los aportes permitan sostener la pensión: consentir que la entidad administradora de los recursos pensional, CREMIL, se haya usufructuado del mayor valor de aportes y no devuelva en pensión lo aportado por el actor, resulta inconstitucional.

Bajo estas consideraciones el mencionado artículo debe ser inaplicado.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL art 18 del Decreto 4433 del 2004 NUMERAL 13.2.2 “Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”**

**ARTÍCULO 18. APORTES DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES.** Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

Para el Despacho, la intención del legislador con esta “prebenda” fue favorecer al soldado profesional sin embargo terminó afectándolo gravemente en sus derechos pensionales

En primer lugar es importante destacar que la prima de antigüedad hace parte del salario base de cotización para la asignación de retiro de los soldados profesionales, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.

**ARTICULO 39. REGIMEN DE PENSIONES.** La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993. El

*aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. (...)*

*PARÁGRAFO 1. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, **se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.***

*De acuerdo a la norma, que por demás se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2005, la pensión o asignación de retiro se rige por el sistema de capitalización. Es decir, que **sobre el salario** se tiene que cotizar para que el rendimiento de esos aportes sostengan la pensión y no se vaya a modificar en su condición de pensionado el nivel de vida que mantuvo cuando era empleado, derecho relacionado con el mínimo vital y condiciones de vida digna.*

*En el caso de los soldados el salario está integrado por la asignación básica y la prima de antigüedad, de manera que los aportes deben liquidarse sobre la base del salario y no como se previó en el Decreto 4433 del 2004, porque de acuerdo a él se termina afectando la pensión del soldado o la sostenibilidad financiera del sistema pensional.*

*Al realizar este tipo de ponderación la jurisprudencia constitucional ha optado por amparar el derecho pensional y buscar mediante el pago actualizado de los aportes evitar un grave perjuicio de la sostenibilidad del sistema pensional.*

*Así las cosas, el Despacho inaplicará igualmente esta disposición y procederá a ordenar que la asignación de retiro se liquide con el 70% del salario, esto es con las partidas de asignación básica y prima de antigüedad, elementos que lo integran según lo dispone el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.*

*Comoquiera que se decide inaplicar estas disposiciones, la prima de antigüedad que se incluye en la asignación de retiro es del 100% de lo devengado en actividad y a ella se le aplica el 70%.*

### CASO CONCRETO

*La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al actor **JOSE ROBERTO ESPITIA CASTELLANOS** una asignación de retiro mediante Resolución Nro 1536 de 16 de febrero de 2015, en cuantía del 70%, con una prima de antigüedad, adicionada en un 38.5% devengado en actividad en su calidad de Soldado profesional.*

*Con la hoja de servicios **4-7171912**, se puede colegir que se vinculó al Ejército Nacional el 01 de junio de 1996 y al 31 de octubre de 2003 pasó a ser Soldado profesional prestando sus servicios hasta el 16 de enero de 2015 (Fl. 7), es decir que su vinculación al Ejército Nacional fue regida inicialmente por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985 y posteriormente por los Decretos 1793, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.*

*En la misma hoja de servicios se relacionan las partidas computables y porcentajes tomados para liquidar la asignación de retiro del demandante, donde se constata el sueldo básico, y la prima de antigüedad (38.5)*

**Respecto a la inclusión del 20% en la asignación de retiro.**

El Despacho tiene en cuenta lo manifestado por la apoderada de la parte accionada en cuanto a que la entidad ya ha hecho el reconocimiento de la reliquidación del 40% al 60%, sin embargo como se trata de un acto que generó efectos jurídicos durante su vigencia, el Despacho se ve en la obligación de continuar con el proceso a efectos de retrotraer la decisión de la administración como consecuencia de la eventual nulidad.

En ese sentido acuerdo a la sentencia de unificación reseñada y a la situación fáctica anotada en el subjuicio, se puede colegir que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por cuanto estaba vinculado como soldado voluntarios a 31 de diciembre de 2000 y pasó a ser infante profesional a partir del 14 de agosto de 2003, razón por la cual tiene derecho a que su asignación básica fuera de un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y no en el 40% como lo venía liquidando la Caja y por lo tanto esta misma es la que debe ser tomada para su asignación de retiro.

**Respecto al reajuste por la inclusión de la prima de antigüedad.**

Acorde con el análisis que se hizo en el acápite normativo que precede, la interpretación que debe inaplicarse por inconstitucionalidad al artículo 13.2.1 del Decreto 4433 del 2004 implica que el salario mensual como partida computable para la asignación de retiro del soldado profesional comprende la asignación básica más el 100% de la prima de antigüedad que devengaba al momento del retiro, pues sobre el monto total de esos factores debió cotizar a seguridad social durante su vinculación laboral y en consecuencia tiene el derecho constitucional a recibir en retiro el equivalente al 70% de dichos aportes.

$$\text{Asignación de Retiro} = 70\% [\text{Sueldo básico: } 1.6 \text{ SMMLV} + \text{Prima de Antigüedad}]$$

Corolario de lo visto la fórmula de liquidación de la asignación es la siguiente:

<b>Partidas Computables</b>	<b>%</b>
Sueldo básico soldados profesionales (SMMLV + 60%)	60
La prima de antigüedad que se devengó en actividad, cuyo reconocimiento máximo solo puede ser del 58.5%	58.5
<b>Asignación de retiro corresponde al 70% de las dos partidas anteriores</b>	<b>70</b>

Las Liquidaciones que se ordenan en este fallo deberán efectuarse teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante previo al reconocimiento de la asignación de retiro, esto es, al salario básico devengado, que como se dijo corresponde al salario mínimo incrementado en un 60%, deberá sumarse la prima de antigüedad en el porcentaje reconocido en actividad del 58.5%) y de este resultado tomarse el 70% que corresponde a la asignación de retiro.

Sobre las diferencias que resulten a favor del actor, la entidad demandada

deberá descontar en forma actualizada el valor de los aportes con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por todo el tiempo en que el demandante no haya realizado el respectivo aporte y por las diferencias sobre los aportes que debió realizar tomando el 100% de la prima de antigüedad.

### **PRESCRIPCION**

No existe prescripción por cuanto la asignación de retiro se reconoció a partir del 16 de abril de 2015 y la reclamación de reajuste fue presentada el 23 de junio del mismo año.

### **INDEXACION**

Los valores resultantes serán ajustados con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la asignación de retiro, por el guarismo que resulta 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 (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

### **CONDENA EN COSTAS**

El artículo 188 del CPACA señala:

*"... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".*

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA– a uno "objetivo valorativo" –CPACA–.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

**III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

**3.1. ASUNTOS.**

**3.1.1. Única instancia.**

*Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

*Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.”*

Frente a lo anterior el Consejo de Estado<sup>7</sup> ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El proceso buscaba la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.
- Frente a la reliquidación de asignación básica existe sentencia de unificación razón por la cual la entidad ha venido realizando el reajuste de manera oficiosa en sede administrativa.
- Sobré las pretensiones de prima de antigüedad no existe línea jurisprudencial que pudiera seguir la entidad.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.
- Los apoderados de las partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso.
- La entidad demandada contestó el traslado de la demanda y propuso excepción previa que fue denegada.
- Las pretensiones del actor fueron concedidas.

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica y la complejidad del asunto, se condenará en costas por agencias en derecho a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por haber sido vencida en juicio a favor del demandante con medio (0.5) Salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

### **RESUELVE**

**PRIMERO.** No declarar la prescripción por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. DECLÁRAR** la nulidad del Oficio 2015-48284 del 15 de julio de 2015, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó las petición presentada por el señor **JOSE ROBERTO ESPITIA CASTELLANOS**

<sup>7</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANJOHNNIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26 000-2013 00005 00455371A

identificado con C.C. 7.171.912. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO. CONDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación mensual de retiro del señor **JOSE ROBERTO ESPITIA CASTELLANOS** identificado con C.C. 7.171.912, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y cancelar las diferencias indexadas producto del reajuste ordenado desde el 16 de abril de 2015, igualmente realizar los descuentos de ley en la proporción que corresponda al demandante por las diferencias salariales sobre las cuales debieron cancelarse los aportes durante la vida laboral, previo calculo actuarial y sobre el incremento de la asignación de retiro ordenada, desde su causación hasta la ejecutoria de la sentencia.

**CUARTO.** La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

**QUINTO. CONDÉNAR EN COSTAS POR AGENCIAS EN DERECHO** a la parte demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por la suma equivalente a medio (0.5) salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEXTO: DESTINAR** los remanentes de los gastos ordinarios del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEPTIMO. EJECUTORIADA** esta providencia. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

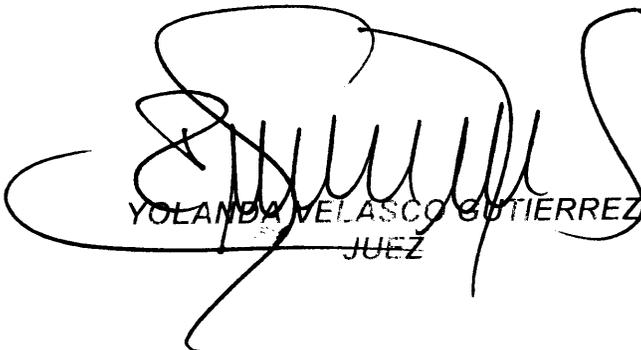
#### Decisión notificada en estrados

La Señora Juez informa a las partes la posibilidad de interponer el Recurso de Apelación, el cual podrá ser sustentado por escrito dentro del término de ley.

**Parte Demandada: Interpone RECURSO y lo sustentara en el término legal**

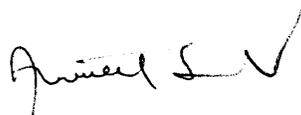
Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia. No siendo otro el motivo de la misma se firma la presente acta por los asistentes.

La juez.

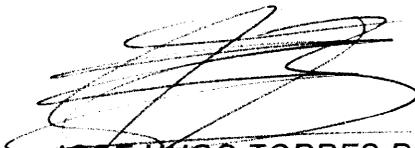
  
YOLANDA VELASCO GUTIERREZ  
JUEZ



ALVARO RUEDA GELIS  
PARTE DEMANDANTE



ASTRITH SERNA VALBUENA  
PARTE DEMANDADA



JOSE HUGO TORRES BELTRAN  
PROFESIONAL UNIVERSITARIO



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
RADICACIÓN No.: 110013335012-2016-00400-00  
ACCIONANTE EN OBALDO ENRIQUE HERNANDEZ CELIS  
ACCIONADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

**ACTA No. 158 -18  
AUDIENCIA INICIAL  
ART. 180 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los 26 días del mes de abril de 2018, siendo las 09:30 a.m. de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario Ad hoc, constituyó audiencia pública en la **Sala 36** del Complejo Judicial CAN y la **DECLARÓ ABIERTA** a efecto de adelantar la audiencia inicial, dentro del presente proceso con la asistencia de los siguientes

**1. INTERVINIENTES**

**PARTE DEMANDANTE:** JEISSON ARLEY ROSAS TORRES

**PARTE DEMANDADA:** ASTRITH SERNA VALBUENA

Se reconoce personería jurídica a los abogados de conformidad con el poder allegado a esta audiencia.

Se deja constancia que no se hizo presente **Representante del Ministerio Público**.

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del Proceso
2. Decisión sobre Excepciones Previas
3. Fijación del Litigio
4. Conciliación
5. Decreto de Pruebas
6. Alegaciones Finales
7. Juzgamiento

**ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO**

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se

concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

### **Decisión notificada en estrados**

## **ETAPA II: EXCEPCIONES PREVIAS.**

El apoderado de la accionada propuso como excepción previa, la falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que su representada no hace parte de la problemática que gira en torno al tema del reajuste de los soldados profesionales e infantes de marina, con el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Al respecto afirma que el salario reconocido a los soldados profesionales en cuantía del 40%, es una situación cuya responsabilidad radica exclusivamente en el Ministerio de Defensa, pues esta entidad canceló el salario en dicha cuantía y de igual manera expidió la hoja de servicios, con la cual CREMIL efectúa el reconocimiento prestacional una vez se verifica el cumplimiento de los requisitos por parte del titular.

### **Para resolver se considera.**

Sobre la competencia de CREMIL para modificar la asignación básica mensual, el Consejo de Estado ha señalado:<sup>1</sup>

*“ En lo que respecta a la autoridad competente para resolver a solicitud de reajuste de la asignación, en efecto, encuentra La Sala que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es la responsable de reconocer y pagar las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones que la ley señale, a quienes adquieran este derecho, y, por tanto, el hecho de incluir o no en el petitum de la demanda al Ministerio de Defensa, no es óbice para negar la pretensión a que se refiere el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, tal y como se concluyó en la citada providencia de 22 de octubre de 2015 (expediente núm., 2015- 02516, Consejero ponente, Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez)”.*

Con fundamento en la citada jurisprudencia, este Despacho advierte que la demandada CREMIL se encuentra legitimada por pasiva para reliquidar la asignación de retiro del actor, esto de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000<sup>2</sup>, facultad que se extiende

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, sentencia de 2 de marzo de 2016, expediente núm. 2015 02617 Actor: Nelson Santiesteban López. M.P. María Elizabeth García González.

<sup>2</sup> ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

aun cuando el Ministerio de Defensa Nacional no canceló o no reconoció el derecho salarial como en efecto ocurrió en le subjudice, toda vez que en el evento de modificar la asignación de retiro, la caja puede reclamar al Ministerio las diferencias de las cotizaciones.

Hechas las anteriores precisiones, no prospera la excepción previa de "Falta de legitimación por pasiva".

**Decisión notificada en estrados.**

### ETAPA III - DE FIJACIÓN DEL LITIGIO

<b>EN OBALDO ENRIQUE HERNANDEZ CELIS</b> <b>C.C. 91.477.700</b> <b>Hoja de servicios Nos. 4-91477700 07febrero/2014 (Fl. 17)</b>
<b>TIEMPO SERVICIOS</b>
20 años, 06 meses y 24 días.
<b><u>ACTO DE RECONOCIMIENTO</u></b>
Resolución Nro 1230 de 05 de marzo de 2014 en cuantía del 70%. con una prima de antigüedad, adicionada en un 38.5% en su calidad de soldado profesional (Fl 7) A partir del 20 de abril de 2014
<b>PARTIDAS COMPUTABLES PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>
Sueldo básico, y prima de antigüedad. (Fl. 18).
<b><u>VINCULACIÓN SOLDADO VOLUNTARIO</u></b>
08 de febrero de 1995 al 13 de agosto de 2003
<b><u>FECHA PETICIÓN</u></b>
03 de mayo de 2016 (fl .2),
<b>PRETENSIONES</b>
Reliquidación de su asignación de retiro: <b>i)</b> con base a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir sobre el salario mínimo incrementado en un 60%, <b>ii)</b> sin afectar doblemente la partida de prima de antigüedad.
<b><u>ACTOS ADMINISTRATIVO DEMANDADOS</u></b>
Oficio 0033464 del 19 de mayo de 2016. (fl 5) Oficio 0041733 del 22 de junio de 2016. (fl 8)

**Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se manifiesten sobre los hechos tenidos como probados anteriormente por el despacho.**

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

Escuchadas las partes. el Despacho advierte que para el caso que aquí nos convoca el litigio se contrae a determinar si le asiste derecho al demandante a que se le reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta teniendo en cuenta i) el incremento del salario percibido en actividad, es decir en un 60%, y ii) la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total por interpretación favorable del artículo 2º del Decreto 1794.

**Decisión notificada en estrados**

#### **ETAPA IV: ETAPA DE CONCILIACIÓN**

Se concede el uso de la palabra al apoderado de la entidad con el objeto de que indique si le asiste ánimo conciliatorio.

El apoderado de la entidad decide no conciliar de conformidad con el Acta levantada por el Comité. la cual allega a esta audiencia.

Atendiendo las manifestaciones de la entidad en el sentido de no existir ánimo conciliatorio. el Juzgado se abstiene de proponer formula alguna. En consecuencia. se da por agotada la etapa de conciliación.

**Decisión queda notificada en estrados**

#### **ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS**

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda y el de contestación a la misma, y que son las que obran en el expediente que aquí nos ocupan.

Ahora bien en razón a que no existe más pruebas por practicar. se declara cerrada la presente etapa probatoria y se ordena continuar con el normal trámite de la audiencia.

**Decisión queda notificada en estrados.**

#### **ETAPA VI. ALEGACIONES FINALES**

A continuación. se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión.

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

#### **ETAPA VII. FALLO**

##### **PROBLEMA JURÍDICO**

Consiste en determinar si la asignación de retiro que recibe el señor **EN OBALDO ENRIQUE HERNANDEZ CELIS** en su calidad de Infante de Marina Profesional (R) debe reajustarse teniendo en cuenta i) el incremento del salario percibido en actividad en un 60% de conformidad a lo previsto en

el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, ii) si la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total.

Para resolver el problema, el Despacho hará una breve presentación normativa y jurisprudencial del tema que será aplicada posteriormente al caso en concreto.

## CONSIDERACIONES

### RECONOCIMIENTO DEL 60% SOBRE EL SALARIO BASE DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES E INFANTES DE MARINA

Para el reconocimiento de un salario mínimo incrementando en un 60% como salario base que percibía el soldado voluntario, cuando fue convertido de manera obligatoria por "orden militar" a soldado profesional, debe partirse de las siguientes normas:

La ley 131 de 1985, que regula el servicio militar voluntario, indica en el artículo 4° <sup>(3)</sup> que quien lo preste, devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

A su vez, el Decreto 1793 de 2000, estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares: permitiendo con el artículo 42 <sup>(4)</sup>, su aplicación tanto a los soldados voluntarios incorporados conforme a la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales, cuyo fundamento es el régimen salarial y prestacional de la Ley 4 de 1992.

Con base en lo anterior, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, el cual reguló el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales indicando en su artículo 1° lo siguiente:

**"ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)." (Negritas del Despacho)

La interpretación de esta normatividad, la hizo recientemente el Consejo de Estado<sup>5</sup> con criterio unificador en los siguientes términos:

*Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000*

<sup>3</sup> ARTICULO 4°.- El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuadro.

<sup>4</sup> ARTICULO 42. AMBITO DE APLICACION.- El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016. Consejera Ponente: **Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez**. Radicación número: CT-SU J2 850013533002201300060 01

*distiñuen claramente (...) en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.*

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

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

*En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.*

De igual manera, en relación con las demás prestaciones que señala el Decreto 1794 de 2005 para los soldados profesionales, el alto Tribunal señala:

*"Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico: (...)*

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

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia y atendiendo el principio de respeto por los derechos adquiridos y de igualdad, los soldados y/o infantes de marina voluntarios que estuviesen vinculados a 31 de diciembre de 2000 en las Fuerzas Militares son beneficiarios del incremento del 60% sobre el salario mínimo, por mandato expreso del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 **cuyos efectos son extensivos en la liquidación de las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad; el subsidio familiar y las cesantías.** Por tanto, tiene también incidencia directa en la base de liquidación de la asignación de retiro.

**PRIMA DE ANTIGUEDAD**

Solicita el actor en este punto que a la partida de prima de antigüedad del 38.5% no se le aplique el 70 con el que se liquida la asignación de retiro conforme al artículo 16 del Decreto 4433 del 2004.

El Despacho encuentra que sobre el tema la jurisprudencia ha venido accediendo a la pretensión, ordenando liquidar la prima de antigüedad con el 38.5%, resultado que se adiciona directamente al 70% del salario básico.

Dicha fórmula fue adoptada por cuanto se advirtió que la Asignación de retiro de los soldados profesionales era liquidada de manera desigual e inequitativa en comparación con la forma en que se liquidaba a los restantes miembros de las fuerzas militares y por ende aplicar a la prima de antigüedad el 70% para establecer la asignación de retiro, de la manera en que se hace para los demás miembros de la fuerza, arrojaba un valor muy disminuido de la asignación.

Este Despacho puesto en la tarea de revisar las razones por las cuales se presenta la tan denotada desigualdad consideró, en providencia anterior, que existía una omisión legislativa y con fundamento en ella modificó la fórmula que en términos generales se viene aplicando en la jurisdicción contenciosa administrativa, sin embargo, revisado nuevamente el tema se advierte que, en realidad, no se tipifica la supuesta omisión legislativa sino que se trata de un asunto de inconstitucionalidad de los artículos 13 y 18 del Decreto 4433 del 2004.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL art 13 del Decreto 4433 del 2004 NUMERAL 13.2.2 "Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto."**

El art 13 del Decreto 4433 del 2004 establece las partidas computables para determinar el monto de la asignación de retiro.

*ARTICULO 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:*

***13.1 Oficiales y Suboficiales:** 13.1.1 Sueldo básico. 13.1.2 Prima de actividad. 13.1.3 Prima de antigüedad. 13.1.4 Prima de estado mayor. 13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 60 del presente Decreto. 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. 13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

***13.2 Soldados Profesionales:** 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 del Decreto-ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto. (Se subraya)*

Como se puede observar, el numeral 13.1 regula para los oficiales y suboficiales la inclusión total de la prima de antigüedad, en tanto que en el numeral 13.2 la limita a los porcentajes establecidos en el art. 18 de la misma reglamentación.

La diferencia obedece a que los primeros cotizan en actividad sobre el total de la prima en tanto que a los soldados profesionales el legislador estableció la base de liquidación disminuyéndola según los años de servicio.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado en la Constitución Política, Acto legislativo 01 del 2005, las pensiones, asignación de retiro en este caso, están directamente relacionadas con las cotizaciones que se hicieron en actividad.

*"Art. 1. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones"*

En ese sentido se otorga como tasa de retorno el 70% del valor de dichas partidas. Y así se dispuso en el caso de los oficiales y suboficiales quienes cotizaron sobre el 100% de valor:

**ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (...) 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, así:

*Art. 15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.*

Pero, como ya se dijo, en el caso de los soldados la base de cotización de la prima de antigüedad varió, en los términos dispuestos en el artículo 18 de la misma normatividad:

*18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.*

*18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.*

*18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.*

*18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.*

*18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.*

*18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.*

*18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante." (Negritillas del Despacho)*

Lo anterior significa que el soldado que se jubile con 20 años de servicio, para tomar un ejemplo, cotizó solo 9 años con el 38.5%, en tanto que los primeros once años realizó aportes sobre una base superior, razón por la cual resulta contrario al precepto constitucional que reciba sólo el 38%, cuando el mandato establece una directa relación entre aportes y pensión de manera que la capitalización de los aportes permitan sostener la pensión; consentir que la entidad administradora de los recursos pensional, CREMIL, se haya usufructuado del mayor valor de aportes y no devuelva en pensión lo aportado por el actor, resulta inconstitucional.

Bajo estas consideraciones el mencionado artículo debe ser inaplicado.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL art 18 del Decreto 4433 del 2004 NUMERAL 13.2.2 “Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”**

**ARTÍCULO 18. APORTES DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES.** Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4,5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0,25%) a partir del 1o de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0,25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86,3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69,1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57,6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49,3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43,2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

Para el Despacho, la intención del legislador con esta “prebenda” fue favorecer al soldado profesional, sin embargo terminó afectándolo gravemente en sus derechos pensionales.

En primer lugar es importante destacar que la prima de antigüedad hace parte del salario base de cotización para la asignación de retiro de los soldados profesionales al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.

**ARTICULO 39. REGIMEN DE PENSIONES.** La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993. El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. (...)

**PARAGRAFO 1.** Para efectos de lo previsto en el presente artículo se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.

De acuerdo a la norma, que por demás se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2005, la pensión o asignación de retiro se rige por el sistema de capitalización. Es decir, que **sobre el salario** se tiene que cotizar para que el rendimiento de esos aportes sostengan la pensión y no se vaya a modificar en su condición de pensionado el nivel de vida que mantuvo cuando era empleado, derecho relacionado con el mínimo vital y condiciones de vida digna

En el caso de los soldados el salario está integrado por la asignación básica y la prima de antigüedad, de manera que los aportes deben liquidarse sobre la base del salario y no como se previó en el Decreto 4433 del 2004, porque de acuerdo a él se termina afectando la pensión del soldado o la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Al realizar este tipo de ponderación la jurisprudencia constitucional ha optado por amparar el derecho pensional y buscar mediante el pago actualizado de los aportes evitar un grave perjuicio de la sostenibilidad del sistema pensional.

Así las cosas, el Despacho inaplicará igualmente esta disposición y procederá a ordenar que la asignación de retiro se liquide con el 70% del salario, esto es con las partidas de asignación básica y prima de antigüedad, elementos que lo integran según lo dispone el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.

Comoquiera que se decide inaplicar estas disposiciones, la prima de antigüedad que se incluye en la asignación de retiro es del 100% de lo devengado en actividad y a ella se le aplica el 70%.

### **CASO CONCRETO**

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al actor **EN OBALDO ENRIQUE HERNANDEZ CELIS** una asignación de retiro mediante Resolución Nro 1230 de 05 de marzo de 2014, en cuantía del 70%, con una prima de antigüedad, adicionada en un 38.5% en su calidad de infante de marina profesional.

Con la hoja de servicios., **4-91477700**, se puede colegir que se vinculó al ejército nacional el 08 de febrero de 1995 y al 14 de agosto del 2003 pasó a ser infante de marina profesional prestando sus servicios hasta el 20 de abril de 2014 (Fl. 14), es decir que su vinculación al Ejército Nacional fue regida inicialmente por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985 y posteriormente por los Decretos 1793, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

En la misma hoja de servicios se relacionan las partidas computables y porcentajes tomados para liquidar la asignación de retiro del demandante, donde se constata el sueldo básico, y la prima de antigüedad (38.5)

### **Respecto a la inclusión del 20% en la asignación de retiro.**

El Despacho tiene en cuenta lo manifestado por la apoderada de la parte accionada en cuanto a que la entidad ya ha hecho el reconocimiento de la reliquidación del 40% al 60%. sin embargo como se trata de un acto que generó efectos jurídicos durante su vigencia, el Despacho se ve en la

obligación de continuar con el proceso a efectos de retrotraer la decisión de la administración como consecuencia de la eventual nulidad.

En ese sentido acuerdo a la sentencia de unificación reseñada y a la situación fáctica anotada en el subjuice, se puede colegir que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por cuanto estaba vinculado como soldado voluntarios a 31 de diciembre de 2000 y pasó a ser infante profesional a partir del 14 de agosto de 2003, razón por la cual tiene derecho a que su asignación básica fuera de un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y no en el 40% como lo venía liquidando la Caja y por lo tanto esta misma es la que debe ser tomada para su asignación de retiro.

**Respecto al reajuste por la inclusión de la prima de antigüedad.**

Acorde con el análisis que se hizo en el acápite normativo que precede, la interpretación que debe inaplicarse por inconstitucionalidad al artículo 13.2.1 del Decreto 4433 del 2004 implica que el salario mensual como partida computable para la asignación de retiro del soldado profesional comprende la asignación básica más el 100% de la prima de antigüedad que devengaba al momento del retiro, pues sobre el monto total de esos factores debió cotizar a seguridad social durante su vinculación laboral y en consecuencia tiene el derecho constitucional a recibir en retorno el equivalente al 70% de dichos aportes.

Asignación de Retiro = 70% [Sueldo básico: 1.6 SMMLV + Prima de Antigüedad]

Corolario de lo visto la fórmula de liquidación de la asignación es la siguiente:

<b>Partidas Computables</b>	<b>%</b>
Sueldo básico soldados profesionales (SMMLV + 60%)	60
La prima de antigüedad que se devengó en actividad, cuyo reconocimiento máximo solo puede ser del 58.5%	58.5
<b>Asignación de retiro corresponde al 70% de las dos partidas anteriores</b>	<b>70</b>

Las Liquidaciones que se ordenan en este fallo deberán efectuarse teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante previo al reconocimiento de la asignación de retiro, esto es, al salario básico devengado, que como se dijo corresponde al salario mínimo incrementado en un 60%, deberá sumarse la prima de antigüedad en el porcentaje reconocido en actividad del 58.5%) y de este resultado tomarse el 70% que corresponde a la asignación de retiro.

Sobre las diferencias que resulten a favor del actor, la entidad demandada deberá descontar en forma actualizada el valor de los aportes con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por todo el tiempo en que el demandante no haya realizado el respectivo aporte y por las diferencias sobre los aportes que debió realizar tomando el 100% de la prima de antigüedad.

## **PRESCRIPCION**

No existe prescripción por cuanto la asignación de retiro se reconoció a partir del 20 de abril de 2014 y la reclamación de reajuste fue presentada el 03 de mayo de 2016.

## **INDEXACION**

Los valores resultantes serán ajustados con aplicación del inciso final del artículo 137 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la asignación de retiro, por el guarismo que resulta 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 (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

## **CONDENA EN COSTAS**

El artículo 188 del CPACA señala:

*... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

### **III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

#### **3.1 ASUNTOS.**

##### **3.1.1 Única instancia.**

*Sin cuantía. Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.  
Con cuantía. Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.*

Frente a lo anterior el Consejo de Estado<sup>6</sup> ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera.

- El proceso buscaba la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.
- Frente a la reliquidación de asignación básica existe sentencia de unificación razón por la cual la entidad ha venido realizando el reajuste de manera oficiosa en sede administrativa.
- Sobré las pretensiones de prima de antigüedad no existe línea jurisprudencial que pudiera seguir la entidad.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.
- Los apoderados de las partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso.
- La entidad demandada contestó el traslado de la demanda y propuso excepción previa que fue denegada.
- Las pretensiones del actor fueron concedidas.

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica y la complejidad del asunto, se condenará en costas por agencias en derecho a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por haber sido vencida en juicio a favor del demandante con medio (0.5) Salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO.** No declarar la prescripción por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. DECLÁRAR** la nulidad de los Oficios 0033464 del 19 de mayo de 2016, y 0041733 del 22 de junio de 2016 por medio de los cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó las peticiones presentadas por el señor **EN OBALDO ENRIQUE HERNANDEZ CELIS** identificado con C.C.

<sup>6</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANJOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00006 (01-15987)A

91.477.700. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**TERCERO. CONDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación mensual de retiro del señor **EN OBALDO ENRIQUE HERNANDEZ CELIS** identificado con C.C. 91 477.700. de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y cancelar las diferencias indexadas producto del reajuste ordenado, desde el 20 de abril de 2014, igualmente realizar los descuentos de ley en la proporción que corresponda al demandante por las diferencias salariales sobre las cuales debieron cancelarse los aportes durante la vida laboral, previo calculo actuarial y sobre el incremento de la asignación de retiro ordenada, desde su causación hasta la ejecutoria de la sentencia.

**CUARTO.** La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

**QUINTO. CONDÉNAR EN COSTAS POR AGENCIAS EN DERECHO** a la parte demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por la suma equivalente a medio (0.5) salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEXTO: DESTINAR** los remanentes de los gastos ordinarios del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEPTIMO. EJECUTORIADA** esta providencia. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

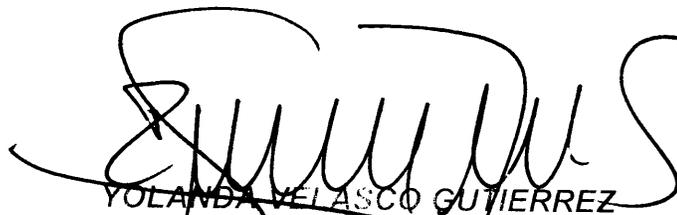
Decisión notificada en estrados

La Señora Juez informa a las partes la posibilidad de interponer el Recurso de Apelación, el cual podrá ser sustentado por escrito dentro del término de ley

**Parte Demandada: Interpone RECURSO y lo sustentara en el término legal**

Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia. No siendo otro el motivo de la misma se firma la presente acta por los asistentes.

La juez.

  
YOLANDA VELASCO GUTIERREZ  
JUEZ

  
JEISSON ARLEY ROSAS TORRES  
PARTE DEMANDANTE

**ASTRITH SERNA VALBUENA**  
**PARTE DEMANDADA**

**JJOSE HUGO TORRES BELTRAN**  
**PROFESIONAL UNIVERSITARIO**



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
RADICACIÓN No.: 1100133350122016-00164-00  
ACCIONANTE LUZ DARY GOMEZ PARRA  
ACCIONADA: POLOICIA NACIONAL**

**ACTA No. 159-18  
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO  
ART. 182 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los 27 días del mes de abril siendo las 08:30 de la mañana, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asociación de su Profesional Universitario constituyó en audiencia pública en la sala 41 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

**INTERVINIENTES**

**Parte demandante:** CARLOS MAURICIO CELIS HERRERA.  
**Parte demandada:** KARENT MELISA TRUQUE MURILLO

**ETAPA DE FALLO**

En razón a que nos ocupa un asunto de puro derecho, el Despacho procede a dictar sentencia conforme lo establece el artículo 179, inciso final del CPACA.

**PROBLEMA JURÍDICO**

En el presente asunto, la controversia gira en torno a dos aspectos a resolver:

- i) Se ajusta el artículo 29 del Decreto 4433 de 2004 a los lineamientos establecidos por la Ley 923 que está regulando, cuando exige como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes por circunstancias de muerte en simple actividad, haber cumplido el tiempo requerido para la asignación de retiro.
- ii) Qué efectos tiene la declaratoria de nulidad del artículo 24 de la Ley 4433 de 2004 respecto de las situaciones jurídicas que se consolidaron durante su vigencia, como es el caso de la pensión de la aquí demandante.

**CONSIDERACIONES**

Para resolver los problemas jurídicos planteados, el Despacho se referirá al marco normativo y jurisprudencial sobre el tema de la siguiente manera:

## 1. Normatividad que regula la asignación de retiro para los Agentes de la Policía Nacional.

El **Decreto 1213 de 1990** reformó el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, en cuanto a las prestaciones sociales, en el artículo 104 dispuso:

**ARTÍCULO 104. ASIGNACION DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los 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 Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.  
(...)

Posteriormente con el **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". Para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, estableció en el artículo 24 los siguientes requisitos para los Agentes de la Policía Nacional así:

Artículo 24 Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de 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 Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así: (Subrayado fuera del texto original)  
(...)

La norma en comento incrementó los tiempos mínimos de servicios para acceder a la asignación de retiro, de 15 a 18 años.

Mediante Fallo del Consejo de Estado<sup>1</sup> del 28 de febrero de 2013, se declaró la nulidad de la expresión "sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio", contenida en el primer inciso del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, por considerarse que:

<sup>1</sup> Consejo de Estado del 28 de febrero de 2013, radicado interno No. 1238-2007, la Sección Segunda, con ponencia de la Consejera Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez.

“Los demandantes solicitan que se declare la nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto en él se dispone que los miembros de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de vigencia del Decreto mencionado “sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean separados en forma absoluta con más de 20 años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro en la forma allí establecida

(...)

La nulidad de las normas acabadas de mencionar tiene como fundamento común la invocación de violación de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, en cuyo artículo 3º se establecieron los elementos mínimos que habrán de ser incluidos en el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de estas, elementos entre los cuales se encuentra la regla establecida en el numeral 3.1 del artículo citado en la cual se preceptúa que:

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones.

(...)

En virtud de lo dicho si el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establece que el personal de la Policía en servicio activo que a la fecha de entrada en vigor de ese Decreto sea retirado “después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro como allí se determina, es evidente que se está exigiendo para poder ser asignatario de la misma el cumplimiento como mínimo de dieciocho (18) años de servicio en unos casos y veinte (20) años de servicio en otros, lo cual resulta superior a lo establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990, cuando sean llamados a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía y, de

La Corte Constitucional<sup>2</sup> estudió la declaratoria de nulidad del acto administrativo de contenido general y sus efectos en el tiempo. Al respecto expresó:

“5.5. El Consejo de Estado ha determinado que las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo tienen efectos “ex tunc”, es decir desde la expedición del mismo, en la medida que así se posibilita el restablecimiento del orden jurídico cuando haya resultado vulnerado por la vigencia del respectivo acto.

La expedición de esta tesis se ha dado, por ejemplo, cuando se ha pronunciado sobre la legalidad de actos administrativos que al momento del pronunciamiento respectivo, ya han sido derogados y que a pesar de ello, el Consejo de Estado consideró la necesidad de determinar la legalidad o ilegalidad del mismo en consideración a que la derogatoria de un acto administrativo no reestablece la vulneración del orden jurídico que se haya dado como consecuencia de la vigencia del mismo.

En este sentido, en un pronunciamiento del 14 de enero de 1991<sup>3</sup> la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció la importancia de diferenciar entre los efectos de derogar un acto administrativo y declararlo nulo, en la medida que la derogatoria no restablece “per se” el orden jurídico que pudo resultar vulnerado, sino acaba con su vigencia, circunstancia que produce efectos hacia el futuro.

Ello, “porque resalta que un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace desde su inicio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad”.

Cómpese destacar que en esta oportunidad, el Consejo de Estado también expresó la necesidad de restablecer la ilegalidad de los actos administrativos de contenido general por que se hayan expedido bajo la vigencia del acto general declarado nulo, en consideración a que “las situaciones jurídicas conculcadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario sensu, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate”. (Subrayado del Despacho)

5.6. Esta posición ha sido reiterado por el Consejo de Estado en distintos pronunciamientos. En aquellos, además, se ha considerado que los efectos

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-415/10, Magistrado Ponente (R) J. LYNES O. VARGAS SÁLVILA. Expediente T-5509644. Bogotá, DC., 16 de agosto de 2010. <http://www.corteconstitucional.gov.co/decision/snt001010>

<sup>3</sup> Expediente T-117-91, Causa Gustavo Arriaga Peña.

<sup>4</sup> Sentencias del Consejo de Estado: Expediente 6436, CP. Ciro Lucía Navarrete Barrero, sentencia del 15 de marzo de 2001. Expediente 13562, CP. Alirio Eduardo Hernández Enríquez, sentencia del 5 de mayo de 2005.

de la anulación de un acto administrativo no afectan situaciones jurídicas consolidadas. Así, en la sentencia del 21 de marzo de 2012<sup>5</sup> que declaró la nulidad del numeral 5º literales a), b) y c) y del párrafo del numeral quinto (5º) del artículo primero (1º) de la resolución 03662 del 13 de agosto de 2007, del numeral sexto (6º) del artículo primero (1º) y de los artículos décimo segundo y décimo cuarto de la misma la resolución, expedida por el Director General de Instituto Nacional de Vías, "por la cual se establece el procedimiento para la imposición de sanciones y se señalan las causales y cuantías para hacer efectiva la cláusula de multas en los contratos celebrados por el Instituto Nacional de Vías" estableció que los efectos de esta providencia se retrotraían a la expedición del acto anulado (efectos *ex tunc*) sin embargo advirtió "que las situaciones individuales y concretas de carácter definitivo que se hayan producido en vigencia del acto que se declara nulo, gozan de presunción de legalidad". (Subrayado del Despacho)

5.7. Entonces, si de acuerdo con anterior los efectos de la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo a pesar de ser retroactivos no afecta situaciones consolidadas, surge el siguiente interrogante: ¿cuáles son esas situaciones que debe proteger el poder judicial de los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de contenido general y abstracto?

La respuesta a este interrogante deberá resolverse a la luz del principio de favorabilidad en materia de seguridad social consagrado en el artículo 53 Superior y del respeto de los derechos adquiridos que hace referencia a "aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han instituido **en favor** de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado<sup>6</sup>".

El principio de favorabilidad resulta aplicable cuando se demuestra la existencia de una duda seria y objetiva al momento de elegir entre dos o más normas (o interpretaciones de las mismas) que resultan aplicables ante la materialización de un mismo supuesto de hecho, y que implica que el juez tiene la obligación de optar, previo despliegue de la carga argumentativa y demostrativa correspondiente, por aquella que permite garantizar, en mayor medida, los derechos de los trabajadores.

De ahí entonces, que las situaciones jurídicas consolidadas que deben protegerse de los efectos de la nulidad de un acto administrativo general, corresponde a todas aquellas que se crearon en vigencia del acto declarado nulo y que proporcionan un mayor beneficio. Es decir, que aquellas situaciones consolidadas en vigencia del acto expulsado del ordenamiento jurídico pero que constituyen un perjuicio para el particular por la ilegalidad del mismo deben correr la misma suerte del acto anulado, pues

---

Expediente 31648, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 19 de noviembre de 2012. Expediente 17379, CP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia del 21 de marzo de 2013. Expediente 36054, CP. Enrique Gil Botero, sentencia del 14 de abril de 2010. Expediente 18841, CP. Carmen Ieresa Ortiz de Rodríguez, sentencia del 23 de enero de 2014.

<sup>5</sup> CE. Expediente No 39477, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>6</sup> Sentencia 926 de 2000 MP Carlos Gaviria Díaz.

esta es la manera de restablecer la vulneración del ordenamiento jurídico que se produjo por causa de la ejecución del acto anulado.

En este sentido, esta Corporación se ha pronunciado sobre la prohibición de retrotraer los efectos de una norma a situaciones jurídicas consolidadas advirtiendo como excepción aquellas situaciones que se beneficiarían al destinatario. Al respecto, ha señalado que “la promesa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común de manera concurrente”.

5.8. En suma, la nulidad de un acto administrativo de contenido general tiene efectos retroactivos, pues esa circunstancia constituye el camino que permite restablecer el ordenamiento jurídico que haya resultado vulnerado por causa de la vigencia del acto espulsado del ordenamiento jurídico. De acuerdo con ello, se excluyen de tales efectos, las situaciones jurídicas consolidadas siempre y cuando las mismas constituyan un beneficio para el destinatario del respectivo acto administrativo. (Subrayado fuera del texto original)

En similares términos el Consejo de Estado<sup>5</sup> señaló:

Ahora bien, esta Corporación en reiteradas ocasiones ha señalado que la institución de la nulidad, como máxima sanción a la validez o legalidad de determinadas actuaciones, tiene efectos retroactivos, hacia el pasado o ex tunc, lo que lleva a entender que el acto desaparece del mundo jurídico desde su origen. La tesis anterior armoniza con la posición que la Sala Plena tiene sobre el particular, ya que para la misma “...la declaración de nulidad obliga a restablecer las cosas al estado en que se encontraban cuando se realizó el acto nulo, es decir, se tiene como si éste no hubiera existido.”

Lo anterior implica que por regla general las consecuencias jurídicas del tipo de efecto que produce la declaratoria de nulidad de un acto administrativo son las de volver la situación al estado en que se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado<sup>6</sup>. De esta manera, la declaratoria de nulidad del acto administrativo retrotrae la situación jurídica a la que existía antes de la expedición del acto anulado, regla que para nuestro caso lleva a colegir que la declaratoria de nulidad efectuada

<sup>5</sup> Sentencia C-527 del 2013 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “A”. Consejero Penente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá D.C., 12 (doce) de noviembre de dos mil catorce (2014).. Radicación No. 03001-23-31-000-2010-00139-01 (2283-12)

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Sala Especial Transitoria de Decisión 2B. Sentencia del 14 de marzo de 2006. Expediente: 110010315000200007704-01 (5704). Actor: Guillermo Guerrero Gutierrez. Demandado: Distrito Capital de Bogotá.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 16 de marzo de 2006, referencia 76001-23-31-000-2001-0184-01 (148837). C.P. Jorge Iván Ospina Echeverri.

sobre el aparte mencionado<sup>11</sup> y el párrafo 1º del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, incide sobre la resolución del caso.

Significa lo anterior, que en lo demás, el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, se encuentra vigente, es decir, en lo referente al porcentaje de liquidación para determinar la prestación de acuerdo al tiempo de servicios, que por supuesto parte de los 18 años como mínimo para establecer el porcentaje del monto de las partidas computables de la asignación de retiro. Sin embargo, debe precisarse que si se declaró la nulidad del aparte que imponía acreditar 18 años de servicios para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro, mal puede acuciarse a las disposiciones que señalan tal parámetro para liquidar la prestación.

En consecuencia y en aplicación de los principios de inescindibilidad de la norma y de favorabilidad en materia pensional, se impone resolver la situación con base en la norma vigente, que para el caso se trata del Decreto 1212 de 1990, que se aplicará in integrum, por lo que habrá de señalarse lo siguiente (...) (Subrayado del Despacho)

### CASO EN CONCRETO

De los hechos sentados en la fijación del litigio, se tiene que el Agente (F) LUIS ALBERTO LANCHEROS CASTRO prestó sus servicios en la Policía Nacional durante 17 años, 2 meses y 27, que falleció el 27 de septiembre de 2009, razón por la cual le fue reconocida pensión de sobreviviente a la señora LUZ MARY GOMEZ PARRA por medio de la Resolución 00378 del 25 de marzo de 2010, en cuantía del 40% conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 29 del Decreto 4433 de 2004, ello, en consideración a que el causante al momento de su muerte no cumplía con los requisitos para acceder a la asignación de retiro establecidos en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 - 20 años o más de servicio, en la medida que solamente prestó sus servicios durante 17 años y 2 meses y 27 días como ya se dijo.

Hecha la síntesis de la situación fáctica y jurídica del caso, se procede a resolver los problemas jurídicos planteados.

**¿Se ajusta el artículo 29 del Decreto 4433 de 2004 a los lineamientos establecidos por la Ley 923 que está regulando, cuando exige como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes por circunstancias de muerte en simple actividad, haber cumplido el tiempo requerido para la asignación de retiro?**

El inciso segundo del artículo 29 del Decreto 4433 de 2004 establece la forma en cómo se debe liquidar la pensión de sobrevivientes:

*“Cuando el Oficial, Suboficial, Agente o miembro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, falleciere sin tener el tiempo requerido para la asignación de retiro, la*

<sup>11</sup> *“sean retirados después de dieciocho (18) años de servicios por llamamiento o calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio”.*

*pensión será liquidada en un porcentaje equivalente al cuarenta por ciento (40%) de las partidas computables.”*  
(El tiempo requerido oscila entre 18 y 25 años según el artículo 24 del mismo decreto.)

Contrario sensu. el numeral 3.6 del artículo 3 de la Ley 923 dispone:

*“En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior.”*

De la simple lectura de las anteriores disposiciones. se colige que para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte en simple actividad, el causante debe tener el tiempo requerido para la asignación de retiro, requisito que indubitadamente esta en contravía de la norma que regula, esto es de la Ley 923 de 2004. por cuanto en esta se dispuso que el derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes con un mínimo del 50% en el caso de muerte simplemente en actividad requería quince (15) o más años de servicio y cuando el tiempo de servicio fuere inferior se otorgaba el(40%.

Significa lo anterior, que lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 4433 quebranta los lineamientos trazados en la Ley marco 923 de 2004, al exigir unos requisitos adicionales que se extralimitaron e impidieron el reconocimiento del derecho pensional, quebrantando también el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política. por ende esta judicatura inaplicará por inconstitucionalidad la citada norma, que además remite expresamente al artículo 24 del mismo el cual fue declarado nulo por el Consejo de Estado en el año 2013.

**Qué efectos tiene la declaratoria de nulidad del artículo 24 de la Ley 4433 de 2004 respecto de las situaciones jurídicas que se consolidaron durante su vigencia.**

Para resolver el presente asunto y en gracia de discusión, tampoco resultaría procedente aplicar el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 4433, pues observa el Despacho que el artículo 24 del mismo decreto, aumentó los tiempos de servicio mínimos para acceder a la asignación de retiro de 15 a 18 años, y fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 23 de octubre de 2013. en tal virtud. al quedar expulsada del ordenamiento jurídico esta norma que fue el fundamento para fijar los requisitos de reconocimiento de la asignación de retiro de los Agentes de la Policía Nacional. recobró vigencia la normatividad que se estaba aplicando al momento de la expedición del acto declarado nulo, esto es, el Decreto 1213 de 1990.

A esta conclusión se arriba acogiendo los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en cuanto a los efectos que produce la declaratoria de nulidad del acto general sobre el acto particular expedido en su vigencia, esto es, las cosas vuelven al estado en que se encontraban cuando se expidió el acto que se declara nulo, es decir, se tiene como si éste no hubiera existido. lo que significa en el caso que nos ocupa que declarado nulo el artículo 24 del Decreto 4433 quedó vigente Decreto 1213 de 1990 que regulaba los tiempos exigidos para acceder a la asignación de retiro, conclusión a la que arriban la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las providencias previamente citadas.

46

Así las cosas, esta Judicatura dispone declarar la nulidad del oficio Nro 023204/ARPRE-GRUPE-1-10 del 29 de enero de 2016, proferido la **POLICIA NACIONAL**, por medio del cual se negó la petición de reliquidación de la pensión de sobreviviente reconocida a la señora **LUZ DARY GOMEZ PARRA** y a título de **restablecimiento** del derecho se ordena reliquidar la prestación pensional dando aplicación al artículo 3.6 de la ley 923 del 2004, en armonía con el 104 del Decreto 1213 de 1990, es decir sobre la cuantía del 58% de las partidas computables, al acreditar el causante 17 años de servicios prestados en la Institución.

### PRESCRIPCIÓN

Conforme al artículo 113 del Decreto 1213 de 1990, el derecho al pago de diferencias en las mesadas causadas en la asignación de retiro o pensión de sobreviviente en este caso, prescribe en cuatro años contados desde que se hicieron exigibles

En el presente asunto la pensión de sobrevivientes se reconoció a partir del 25 de marzo de 2010, luego como la nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 fue declarada el 28 de febrero de 2013, es desde esta última fecha en que surge para el actor la posibilidad real de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamar la legalidad del acto y empieza a contabilizarse el término prescriptivo.

Acorde a lo anterior, se tiene que el apoderado de la parte actora presentó petición de reliquidación a la entidad el 25 de noviembre de 2015, ante la respuesta negativa convoca a conciliación extrajudicial el 16 de febrero de 2016 e interpuso la demanda el 23 de mayo de 2016.

En este orden de ideas, no se configura el término de prescripción cuatrienal de las mesadas por asignación por retiro de la demandante.

### INDEXACION

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán ajustadas con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo 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, vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional

Deberán pagarse los aportes que haya lugar en las diferencias de las mesadas que se está reconociendo, todo esto debidamente indexado.

## CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

*"... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

*La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*

*De esta manera y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.*

### *III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*

#### *3.1. ASUNTOS.*

##### *3.1.1. Única instancia.*

*Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

*Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia."*

*Frente a lo anterior el Consejo de Estado<sup>12</sup> ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.*

*Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:*

- El proceso buscaba la relicuidación pensional de la actora.*
- La entidad no contestó la demandada.*
- Las pretensiones fueron concedidas.*
- Revisado el expediente no se advirtió conductas temerarias o de mala fe.*

*Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de las partes, la complejidad que revistió la instancia en este caso, y que además existe un pronunciamiento del Consejo de Estado con el que se declaró la nulidad de la norma que fundamentó el reconocimiento pensional, la entidad podía acceder en vía administrativa a lo reclamado, en tal sentido se condena en costas por agencias en derecho a la*

<sup>12</sup> Consejo ponente: IAIMF ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 14 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000.2013.00005-00145987JA

47

*POLICIA NACIONAL*, a pagar a la demandante la suma equivalente a uno (01) salario mínimo mensual legal vigente.

Se ordena realizar la correspondiente liquidación en costas por Secretaria, de conformidad a lo expuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso. El auto que apruebe dicha liquidación será susceptible del recurso de reposición y apelación.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: NO DECLARAR** la prescripción de las mesadas de asignación de retiro, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLÁRESE** la nulidad del oficio Nro 023204/ARPRE-GRUPE-1-10 del 29 de enero de 2016, proferido por **la POLICIA NACIONAL**, por medio del cual negó la petición de reliquidación de la pensión de sobreviviente reconocida a la señora **LUZ DARY GOMEZ PARRA** identificada con CC. 52.194.101, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condena a **la POLICIA NACIONAL** a reliquidar la pensión de sobreviviente reconocida a la señora **LUZ DARY GOMEZ PARRA** identificada con CC. 52.194.101, en un porcentaje del 58% de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, normatividad con la que el Agente (F) **LUIS ALBERTO LANCHEROS CASTRO**, causó el derecho para la asignación de retiro.

**CUARTO: CONDÉNAR** a **la POLICIA NACIONAL** a pagar a la señora **LUZ DARY GOMEZ PARRA** identificada con CC. 52.194.101, las diferencias de las mesadas pensionales resultantes entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer de acuerdo a la reliquidación ordenada en este fallo, según lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debiendo descontar la accionada el valor de los aportes actualizados a salud.

**QUINTO:** La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

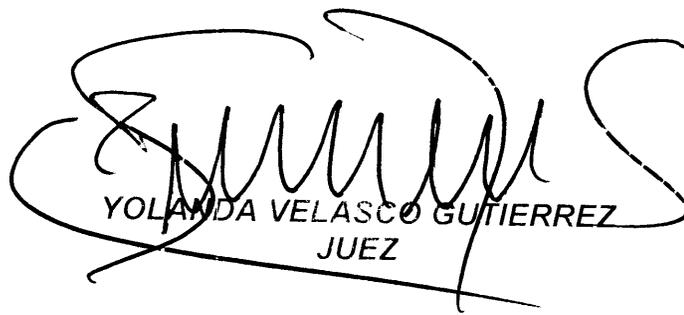
**SEXTO: CONDENAR** en costas por agencias enderecho a la parte demandada **POLICIA NACIONAL** a cancelar uno (1.) salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEPTIMO:** Disponer los remantes a favor del Consejo Superior de la Judicatura conforme a la parte motiva de la presente providencia.

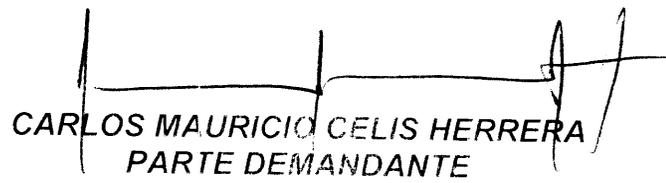
**OCTAVO: EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

**Decisión notificada en estrados**

**La apoderada de la entidad accionada manifiesta que interpone recurso de apelación, el cual sustentara dentro de los diez días siguientes.**



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ  
JUEZ



CARLOS MAURICIO CELIS HERRERA  
PARTE DEMANDANTE



KARENT MELISA TRUQUE MURILLO  
PARTE DEMANDADA



JOSÉ HUGO TORRES BELTRÁN  
PROFESIONAL UNIVERSITARIO