



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D. C. 04 SEP. 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Proceso: 110013335-017-2017-00039-00

Demandante: José Evaristo Miranda Ojeda

Demandado: Cremil

Tema: Reajuste salarial y prestacional del 20% y de la prima de antigüedad de los soldados profesionales

Sentencia: 136

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 31 de agosto de 2018, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor JOSÉ EVARISTO MIRANDA OJEDA actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 8 de febrero de 2017 (f.36), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones se concretan a lo siguiente:

1. Se declare la nulidad del acto administrativo N° 2016-40413 del 16 de junio de 2016 expedido por Cremil que negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.
2. Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento se ordene reliquidar la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica equivalente en un s.m.m.l.v. incrementado en un 60% del mismo salario de conformidad con el inciso 2° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y se aplique el 70% de la asignación básica más el 38,5 de la prima de antigüedad como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
3. Se ordene el reajuste de la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación.
4. Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.
5. Ordenar el pago de intereses moratorios en la forma y los términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.
6. Ordenar el pago de gastos, costas y agencias en derecho.

NORMAS VIOLADAS, el demandante invocó el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25,46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 131 de 1985, Ley 4 de 1992, Decreto 1794 de 2000, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN: El demandante indicó que la entidad demandada está vulnerando los principios del debido proceso, confianza legítima, favorabilidad y el derecho a la igualdad, por no dar aplicación de la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, la cual dispuso que los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%, de conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000. Adicionalmente, que la entidad demandada está liquidando su asignación de retiro sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad, y al monto resultado le aplica el 70%, realizando una doble afectación a la partida de prima de antigüedad, desconociendo lo dispuesto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (f 15-31).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado la entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en razón a que referente al incremento del salario mínimo de los soldados profesionales en un 60%, de conformidad con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, indica que dicho incremento lo debe realizar el Ministerio de Defensa Nacional y no Cremil, quién es la encargada de realizar el reconocimiento de la asignación de retiro con base en la Hoja de Servicios.

Manifiesta que la asignación de retiro del demandante se realizó de manera correcta tal y como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispone que se liquidara con el 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, por lo que el acto administrativo en discusión goza de presunción de legalidad, no configurándose ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, ni está vulnerando el derecho a la igualdad(f 46-52).

AUDIENCIA INICIAL

El 31 de agosto de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión según quedó consignado en el audio y acta de la diligencia (f.81-88).

SENTIDO DEL FALLO

En la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, agotadas las etapas procesales hasta terminar las consideraciones se dio el sentido del fallo, el cual se consigna por escrito.

VII. CONSIDERACIONES

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en el **Oficio No. 2016-74675 del 11 de noviembre de 2016**, mediante el cual la entidad demandada negó la petición de pago

del reajuste en un 20% de la asignación básica, y que al 70% de la asignación básica se adicione el porcentaje de 38.5 del factor de prima de antigüedad.

TESIS DEL DEMANDANTE

Señala que la entidad demandada no dio aplicación a la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, la cual dispuso que los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%, de conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000. Adicionalmente, que la entidad demandada está liquidando su asignación de retiro sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad, y al monto resultado le aplica el 70%, realizando una doble afectación a la partida de prima de antigüedad, desconociendo lo dispuesto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004

TESIS DE LA DEMANDADA

La entidad accionada indica que respecto al incremento del salario mínimo de los soldados profesionales en un 60%, de conformidad con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, lo debe realizar el Ministerio de Defensa Nacional y no ante Cremil. Manifestó que la asignación de retiro del demandante se realizó de manera correcta tal y como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispone que se liquidara con el 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, por lo que el acto administrativo en discusión goza de presunción de legalidad, no configurándose ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, ni está vulnerando el derecho a la igualdad(f 46-52).

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en el **Oficio No. 2016-40413 del 16 de junio de 2016**, mediante el cual la entidad demandada negó la petición de pago del reajuste en un 20% de la asignación básica, y que al 70% de la asignación básica se adicione el porcentaje de 38.5 del factor de prima de antigüedad

PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad corresponde establecer si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro se reliquide y reajuste en un 60% de la asignación básica conforme el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y si en la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro se aplicó en forma correcta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.

Como quiera que el demandante a 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado como Soldado Voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 y posteriormente el 1° de noviembre de 2003 fue vinculado como Soldado Profesional, conforme la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016¹, la interpretación adecuada del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 es que los Soldados Voluntarios que luego fueron

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16

incorporados como Profesionales tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un s.m.m.l.v. incrementada en un 60%.

Adicionalmente, la entidad demandada aplicó de manera equivocada la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares

Los artículos 4^o y 5^o de la Ley 131 de 1985 fijaron la remuneración de quienes prestan el servicio militar voluntario, normatividad que estableció que los citados oficiales tenían derecho a una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, con los topes allí establecidos.

Con la Ley 578 de 2000, se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. En ejercicio de dicha potestad, el 14 de septiembre de 2000 se expidió el Decreto 1793 de 2000 por el cual se reguló el Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

Dicho estatuto permitió que los soldados voluntarios que se hubieran vinculado con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, pudiesen ser incorporados como soldados profesionales a partir el 1^o de enero de 2001, con la antigüedad que certificara cada fuerza expresada en número de meses, advirtiendo en su artículo 5^o que “[a] **estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.**”

En relación con el régimen salarial y prestacional de este personal, el artículo 38 del citado Decreto señaló:

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

Es así como se expidió el Decreto 1794 de 2000 “[p]or el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, en cuyos artículos 1^o y 2^o se dispuso:

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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%). (...)

²Ley 313 de 1985, “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 Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto”.

³Ibidem “ARTÍCULO 5o. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año”.

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

ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. *Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).*

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

La interpretación de los citados artículos, 1º y 2º del Decreto 1794 de 2000, es la que suscita la presente controversia. Sin embargo, ante la disparidad de criterios existentes en la jurisprudencia nacional, el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de agosto de 2016⁴ zanjó la discusión al unificar el criterio existente en la materia.

En esta oportunidad la Corporación analizó el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, y 1º y 2º del Decreto 1794 de 2000 e indicó que las citadas disposiciones distinguen dos grupos de soldados profesionales, i) quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, los cuales tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y ii) quienes venían como soldados voluntarios, los que devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

Así, la Corporación interpretó con criterio unificador que:

"(...) el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁵ 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 1985,⁶ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁷ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%."

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01, No. Interno: 3420-2015.

⁵ *Ibidem*. Nota interna de la sentencia (78).

⁶ Nota interna de la sentencia (79) "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario".

⁷ *Ibidem*.

Y más adelante precisó:

*“(…) la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁸ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992⁹ y el Decreto Ley 1793 de 2000,¹⁰ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, **tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%**, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.*

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793¹¹ y 1794¹² de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.”

Finalmente, determino el H. Consejo de estado en la sentencia de unificación precitada que:

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

*En el presente caso no se evidencia la trasgresión al referido principio, puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁹² cuyo artículo 1º, inciso 2º, se insiste, **establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%.**”*

Conforme con lo anterior, concluyó la Corporación 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

⁸ *Ibidem*. Nota Interna de la Sentencia (81) “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”.

⁹ *Ibidem*. Nota interna de la sentencia (82) “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

¹⁰ *Ibidem*. Nota interna de la sentencia (83) “Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

¹¹ Nota interna de la sentencia (84)

¹² Nota interna de la sentencia (85) “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”.

equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, tesis que el Despacho acoge en su integridad.

De la liquidación de la asignación de retiro con el factor de prima de antigüedad para los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

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

Como se observa, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares entre otras, la prima de antigüedad, la cual conforme el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 señaló que para los soldados profesionales del Ejército Nacional se cancelaría de la siguiente manera:

“Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)”

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el H. Consejo de Estado¹³ ha señalado:

“Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, “debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%”, y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares”.

En desarrollo del tema, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, rad. 19001-23-33-000-2014-00128-01(1936-16, precisó:

“Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “adicionado”.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación.

En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.

Con base en lo anterior, obra a folio 79 la certificación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de la liquidación de la asignación de retiro del señor José Henry Casso, en los siguientes términos:

LIQUIDACIÓN JUNIO A DICIEMBRE AÑO 2009		
SUELDO BÁSICO		\$695.660
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.50%	\$267.829,10
SUBTOTAL		\$963.189,10
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%	
TOTAL SIGNACIÓN DE RETIRO		\$674.442

En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Subsección una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.”(Negrilla y Subrayado por el Despacho)

Así las cosas, en el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, porque la forma correcta de computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

Caso concreto

Se encuentra probado que el SP (r) José Evaristo Mirando Ojeda prestó sus servicios a las Fuerzas Militares - Ejército Nacional, primero como **soldado regular** del 16 de junio de 1986 hasta 31 de marzo de 1988, luego como **soldado voluntario** del 1 de abril de 1988 hasta el 1 de noviembre de 2003 y, finalmente, como **soldado profesional** del 1º de noviembre de 2003 hasta el 30 de agosto de 2006, cuando se dio su retiro definitivo del servicio (f. 71).

Así mismo, a folios 8, obra la hoja de servicios correspondiente al demandante, en la que se puede establecer que devengaba lo siguiente: 40% Salario Básico Mensual + 58.50% Prima de Antigüedad Mensual.

El 31 de mayo de 2016 ante Cremil el actor solicitó el reajuste en un 20% de la asignación básica, se ordene que al 70% de la asignación básica se adicione el porcentaje de 38.5 del factor de prima de antigüedad (f 2-4).

La anterior petición fue negada a través del **Oficio con radicado No.2016-40413 de fecha 16 de junio de 2016** (f 5).

De acuerdo con lo anterior se demuestra claramente que el demandante, se incorporó al nuevo Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares previsto en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Sin embargo, estima el Despacho que el demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que se encontraba vinculado como soldado voluntario, regido por la Ley 131 de 1985, desde el 1º de abril de 1988 y que se incorporó como soldado profesional a partir del **1º de noviembre de 2003**, por lo que tenía derecho, por expreso mandato legal, a devengar una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, siendo esta la partida computable como salario mensual en la asignación de retiro reconocida al actor.

Lo anterior no entra en contradicción con lo previsto en el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 en mención y artículo 5 del Decreto 1793 de 2000, en la medida en que es el mismo Decreto 1794 de 2000 en su inciso segundo artículo 1, expresamente señaló que el grupo de oficiales en la situación fáctica del aquí demandante, devengarían “un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%”.

Por su parte, en torno a la forma como fue liquidada la asignación de retiro del SP (r) José Evaristo Miranda Ojeda, en la Resolución No. 3588 de 2006 obrante a folio 9-10 se puede inferir que fue de la siguiente manera:

Salario básico:	\$571.200
Prima de antigüedad 38.5%:	\$334.152
Porcentaje de liquidación	70%
Total de la asignación de retiro	\$633.746

De esta manera, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante, realizó una operación matemática consistente en aplicar el 70% sobre el sueldo básico del actor y el 38,5% de la prima de antigüedad.

No obstante, conforme con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en aplicación de la interpretación más favorable, la entidad debió tomar el sueldo básico que devengaba el demandante al momento del retiro del servicio, y aplicarle el 70%, y a este resultado sumarle el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, para efectos de liquidar su asignación de retiro.

Ahora bien, es de relevancia poner de presente la decisión proferida el 21 de marzo de 2018 por la Sección C de la Sección Segunda del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso 11001-33-35-017-2015-00622-01, con ponencia del doctor Samuel José Ramírez Poveda, referente al porcentaje de la prima de antigüedad, indico:

“Precisa la Sala que en la liquidación de la asignación de retiro se debe computar el 38.50% de la prima de antigüedad efectivamente reconocida y devengada al momento del retiro del servicio, esto es sobre el valor correspondiente al 58.50% de la asignación básica mensual, no sobre el 100% de la asignación básica.

Así las cosas, resulta imprecisa la decisión del a quo, quien evidenció que en efecto existió un doble descuento del porcentaje de la prima de antigüedad al momento de liquidar la asignación de retiro, pero omitió verificar que el valor de esta partida estaba mal calculado ya que se tomó el 38,50% sobre el total de la asignación básica percibida por el demandante, cuando lo correcto era aplicar ese 38,50% a la suma realmente devengada por este concepto en actividad, que lo era el 58,50% de dicha asignación básica.”

Conforme lo anterior, el Despacho siguiendo las directrices establecidas por el superior jerárquico, dispondrá incluir el 38.5% de la prima de antigüedad que realmente devengaba en actividad.

Así, se concluye que, de conformidad con el precedente normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia, los actos administrativos demandados, se encuentran parcialmente afectados de nulidad, por lo que la pretensión anulatoria formulada está llamada a prosperar sobre los aspectos ya indicados, debiendo disponerse el consiguiente restablecimiento del derecho.

En consecuencia, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que efectúe la reliquidación de la asignación de retiro del demandante (i) tomando como base la asignación básica mensual que debe ser liquidada de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, remitiéndose a lo señalado en el artículo 1° inciso 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir aplicar el s.m.m.l.v. incrementado en un 60% por haber estado vinculado como Soldado profesional antes del año 2000, (ii)

una vez efectuado lo anterior, al salario se le aplicará el 70% y a este resultado se le sumará el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad que realmente devengaba al momento del retiro del servicio (58.50%), sin aplicarle ningún porcentaje adicional.

Prescripción de mesadas

Teniendo en cuenta que la entidad demandada reconoció la asignación de retiro al actor mediante **Resolución 3588 del 7 de noviembre de 2006** efectiva a partir del **30 de noviembre de 2006** y que este elevó petición de reajuste ante CREMIL el **31 de mayo de 2016**, la prescripción de las mesadas pensionales es anterior al **31 de mayo de 2012** de conformidad con el **Decreto 1211 de 1990**, que establece en cuatro (4) años el término de prescripción de los derechos consagrados para el personal de esta categoría, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. Sobre el fenómeno de la prescripción, el H. Consejo de Estado Sección – Segunda, Subsección “A” en sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente No. 628-2008, actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, precisó que el Ejecutivo, con la expedición del Decreto 4433 de 2004, se excedió en las facultades que le otorgó la Ley 923 del mismo año, dado que en esta última disposición se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, sin que en ninguno de sus apartes se desarrollara el tema de la prescripción, por lo que la norma aplicable con relación al fenómeno prescriptivo es la norma anterior vigente, como ya se advirtió.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la asignación de retiro reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas y descontará el valor de los aportes que ordene la ley**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Las sumas que resulten del reajuste deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las diferencias que dejó de percibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por los demandantes desde la fecha de causación del derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹⁴, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹⁵ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.

¹⁴ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹⁵ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”.

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costas (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>^{16”.}

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo N° 2016-40413 del 16 de junio de 2016, donde la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, negaron el reajuste de la asignación de retiro del señor SP (r) **José Evaristo Miranda Ojeda**, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES RECONOCER Y RELIQUIDAR** la asignación de retiro del SP (r) **José Evaristo Miranda Ojeda** (i) tomando como base la asignación básica mensual que debe ser liquidada de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, remitiéndose a lo señalado en el artículo 1° inciso 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir aplicar el s.m.m.l.v. incrementado en un 60% por haber estado vinculado como Soldado profesional antes del año 2000, (ii) una vez efectuado lo anterior, al salario se le aplicará el 70% y a este resultado se le sumará el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad que realmente devengaba al momento del retiro del servicio (58.50%), sin aplicarle ningún porcentaje adicional.

CUARTO.- ORDENAR que una vez determinada la cuantía de la asignación de retiro reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas. El pago de las diferencias que resulten del valor del reajuste de la asignación de retiro de que trata el numeral anterior, con los reajustes pensionales previstos en la ley sobre lo ya liquidado y efectivamente cancelado, declarando la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al **9 de diciembre de 2011**, de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia.

Diferencias a pagar: De las mesadas de la asignación de retiro reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya**

¹⁶ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

pagadas, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley**.

Las sumas de dinero que la entidad accionada resulte adeudar a la parte actora deberán de ser indexadas de acuerdo a la siguiente formula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde R, valor presente, se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto del reajuste de la pensión, con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia), por el índice inicial, vigente para la época en que debió de hacerse el pago. Por ser pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

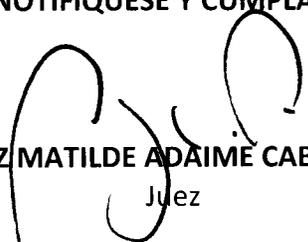
SEXTO. – ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A

SEPTIMO. – SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

OCTAVO. – Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante, el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P, y **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

OCTAVO. –Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA en consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez