

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 25 JUN 2018

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO**
DEMANDANTE: MANUEL DAVID SILVA
**DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE
LAS FUERZAS MILITARES**
RADICADO: 15001333301420140018901

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada contra el fallo proferido en audiencia celebrada el 24 de mayo de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor **MANUEL DAVID SILVA** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA: por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **MANUEL DAVID SILVA** solicitó ante ésta Jurisdicción que se declarara la nulidad del acto administrativo No. 0011801 del 20 de febrero de 2014, a través del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le negó el reajuste de su asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condenara a la

entidad demandada a reajustar su asignación de retiro con el 60% de la asignación básica más el 38.5 de la prima de antigüedad y además con el subsidio familiar en el porcentaje que se le reconocía en actividad.

Como **fundamento fáctico de sus pretensiones**, el demandante señaló que prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, razón por la cual mediante la resolución No. 3595 del 22 de julio de 2011 se le reconoció una asignación de retiro efectiva a partir del 29 de agosto de 2011.

Agregó que para el momento de su retiro la demandada liquidó su asignación de retiro con base en el 40% del salario mínimo legal vigente y no sobre el 60%; así mismo que no tomó en cuenta el subsidio familiar que devengaba en actividad en la base de liquidación.

Que por lo anterior presentó el 7 de febrero de 2014 petición ante la entidad demandada, que mediante el oficio demandado despachó de manera desfavorable su pedimento (fl. 2-17).

2.2.-LA PROVIDENCIA IMPUGNADA: Se trata de la sentencia proferida en audiencia inicial el 24 de mayo de 2017, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el Juez *a quo* señaló que conforme la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado y lo dispuesto en el artículo 1 inciso 2 del decreto 1794 de 2000, el demandante tenía derecho a que su asignación de retiro fuera liquidada teniendo en cuenta el salario mínimo mensual incrementado en un 60% y no en un 40% como lo hizo la demandada.

Adujo que esto obedecía a que el demandante se desempeñó inicialmente como soldado voluntario y luego fue incorporado como soldado profesional, lo que no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en la norma citada, toda vez que el Gobierno Nacional al expedir los decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la

protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones.

De otro lado, en cuanto a la prima de antigüedad indicó que el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 dispone que, para determinar el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales, al 70% del salario mensual debe adicionarse el 38.5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad. Que, en el caso, la entidad demandada le liquidó la asignación de retiro, sumando primero el sueldo y el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad y después aplicando el 70% razón por la que a juicio del *a-quo* se incumplió la ley y lo ordenado en la resolución que reconoce la asignación de retiro.

Por otro lado, en lo relativo a la inclusión del subsidio familiar señaló que se encontraba probado que el demandante devengó esa partida estando en actividad en un 4% y que una vez se retiró, no le fue incluida en la asignación de retiro; así consideró que era menester inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del decreto 4433 de 2004 que excluye como partida computable el subsidio familiar de las asignaciones de los soldados profesionales.

Finalizó declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional y declarando no próspera la excepción de prescripción (fl. 178-184).

2.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN: inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL la impugnó oportunamente indicando que conforme lo dispuesto en el artículo 13 del decreto 4433 de 2004 que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º del decreto 1794 de 2000, en el sentido de que solamente se debe tener en cuenta el 40% pues a su juicio, debe hacerse una interpretación íntegra de la normatividad, ya que indudablemente con la expedición de ésta última norma se mejoraron las

condiciones salariales y prestacionales de los soldados profesionales, de lo que concluye que no existe la diferencia de 20% que alega el demandante.

De otro lado, en cuanto a la inclusión del subsidio familiar indicó que el artículo 16 del decreto 4433 de 2001 no contempla como partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro el subsidio familiar; que en la hoja de servicios no se incluyó tal partida, lo que no es predicable de la caja de retiro, sino de la entidad que no certificó tal emolumento para ser tenido en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro. Sobre este punto agregó que la no inclusión de esta partida no vulnera el derecho a la igualdad como lo estimó el Juez de primera instancia, dado que al incluirse en la asignación pierde su connotación de prestación social, *se transmuta en simple metálico*, el cual desde siempre ha sido un factor de diferenciación entre los distintos rangos del Ejército, el cual a su vez carece de la finalidad de proteger a la familia del retirado.

Por otra parte, alegó que, de existir la presunta vulneración al derecho a la igualdad, esto no es predicable de la entidad demandada, sino que se trata del hecho del legislador, quien en el decreto 4333 de 2004 estableció la supuesta desigualdad y por ende es a él a quien debe dirigirse el reclamo.

Finalizó solicitando se revocara la condena en costas dado que desde el inicio del proceso propuso la excepción de prescripción, lo que indica que la demanda prosperó parcialmente, por lo que no procedía la condena en costas en primera instancia conforme lo dispuesto en el artículo 365 numeral 8 del CGP (fl. 186-197).

2.4.- TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION. En la oportunidad prevista para el efecto, únicamente se pronunció el apoderado del demandante para reiterar los argumentos expuestos en la demanda (fl. 217). Por su parte la demandada y la Agencia del Ministerio Público guardaron silencio (fl. 218).

III. CONSIDERACIONES

3.1. -El problema jurídico

El problema jurídico en el sub lite se contrae a determinar la legalidad del acto administrativo No. 0011801 del 20 de febrero de 2014, a través del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le negó al actor el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión de la bonificación equivalente al salario mínimo legal mensual vigente más el 60% del mismo, con la prima de antigüedad y del subsidio familiar de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Con el fin de absolver este cuestionamiento, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: **(i)**. marco normativo - cambio de categorización de soldados voluntarios a soldados profesionales - régimen salarial aplicable. **(ii)**. Asignación de retiro de los soldados profesionales- análisis sobre la posible inclusión del subsidio familiar en virtud de derecho de igualdad; **(iii)** Manera en que ha de liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales; y **(iv)** caso concreto.

3.2.- MARCO NORMATIVO - CATEGORIZACIÓN DE SOLDADOS VOLUNTARIOS A SOLDADOS PROFESIONALES - RÉGIMEN SALARIAL APLICABLE.

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual "*se dictan normas sobre servicio militar voluntario*", instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hubiesen sido aceptados¹ por un lapso no menor a doce (12) meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la

¹ Artículo 2° de la Ley 131 de 1985.

capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las fuerzas militares².

El artículo 4º de la citada ley consagró para los soldados voluntarios una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, en los siguientes términos:

"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."

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, "por el cual se estableció el Régimen de Carrera y Estatuto Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", codificación que en su artículo 1º dispuso que "los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".

Con respecto a la incorporación de los soldados profesionales, el artículo 5º ibídem, señaló que los aspirantes que cumplan con las condiciones antes señaladas, se someterán a un proceso de selección previo realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza, teniendo prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior³.

² Artículo 3º ibídem.

³ **ARTÍCULO 4. REQUISITOS PARA INCORPORACION.** Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:

(...)

f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.

(...)

Igualmente, la referida norma dispuso en su párrafo lo siguiente:

"PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen." (Negrilla y resaltado fuera del texto)

De las normas transcritas se advierte que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, siempre que así lo hubieran expresado y hubiesen sido aprobados por el comandante de la Fuerzas, quedando sujetos íntegramente a lo dispuesto en el citado Decreto 1793 de 2000, tal como lo estableció el artículo 42⁴ ibídem.

3.3 -DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

El artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 dispuso que el Gobierno Nacional expediría los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4^o de 1992, y sin desmejorar los derechos adquiridos. En cumplimiento de dicho mandato, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, cuyo artículo 1^o estableció lo siguiente:

"ARTÍCULO 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 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%)". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

⁴ 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.

El párrafo del artículo siguiente a que se refiere la norma transcrita, es decir, el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 es del siguiente tenor:

"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."*

De las anteriores premisas normativas se infiere que los soldados voluntarios incorporados bajo esta modalidad en vigencia de la Ley 131 de 1985, y antes del 31 de diciembre de 2000, y que por virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, se acogieron al régimen prestacional y salarial a que se ha hecho referencia, **pero conservando**, por aplicación inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1974 de 2000, el derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%).

A esta conclusión llegó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 en la que se indicó lo siguiente:

"En ese sentido, interpreta la Sala con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, 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%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en material 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 132 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en

un 60%.

(...)

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 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 aumentado en un 40%.

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%⁵.
(Negrilla y resaltado fuera del texto)

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que en la referida sentencia unificadora proferida por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se precisó que con la interpretación normativa descrita no se presenta transgresión alguna al principios de inescindibilidad, "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, cuyo artículo 1º inciso 2º, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%". Además, agregó que "al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, sólo que a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793 y 1794 de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó además, que a dicho personal se le reconocieran las prestaciones sociales que antes no devengaba⁶."

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01 No. Interno: 3420-2015.

⁶ ídem

3.4. ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

En lo que respecta a la asignación de retiro de los soldados profesionales, es del caso señalar que el legislador expidió la Ley 923 de 2004 "*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política*", En desarrollo de la referida Ley, el Presidente de la República expidió 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*", norma que en su artículo 13 estableció las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales en los siguientes términos:

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

*13.1 Oficiales y Suboficiales:
(.....)*

3.2 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.

3.4.1. ANALISIS SOBRE PRESUNTA VIOLACION AL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

Como se puede abstraer de la norma transcrita, la misma establece un trato diferencial entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, al prohibir al primero la inclusión del subsidio familiar para efectos de liquidar la asignación de retiro, mientras que para los segundos lo estableció como permitido, circunstancia que a juicio de la Sala constituye una flagrante violación al derecho de igualdad,

toda vez que al analizar la norma y el espíritu de esta prestación, no se encuentra un fundamento racional y objetivo que permita colocar en un plano de mayor protección a las familias de los oficiales y suboficiales frente a las familias de los soldados profesionales, ello teniendo en cuenta la esencia del subsidio familiar consiste en aliviar a los trabajadores de medianos y menores ingresos las cargas económicas derivadas del sostenimiento de sus seres queridos, lo que en otras palabras significa brindar una protección especial a las familias que por sus bajos ingresos se encuentran en un mayor estado de vulnerabilidad.

Dicho lo anterior, no resulta admisible para la Sala aceptar el trato discriminatorio dado por el decreto 4433 de 2004 a los soldados profesionales, pues son precisamente estos los que devengan salarios más bajos dentro de las fuerzas militares, circunstancia que de plano permite deducir que, son las familias de estos funcionarios y no las familias de oficiales y suboficiales las que se encuentran en un grado mayor de vulnerabilidad, y por lo tanto en una necesidad de mayor de protección, pues lo contrario implica desconocer la institución de la familia, los derechos de los niños y la condición económica del soldado, lo que configura una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad y universalidad y consecuente desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar⁷.

La mencionada violación al derecho a la igualdad ocasionada por la aplicación de la norma en comento, ya había sido advertida por el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de octubre de 2013, en la que adujo:

"En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los oficiales y suboficiales, empero, no la incluyo para los soldados profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable, para tal exclusión.

⁷En similar sentido se pronunció éste Tribunal en Sentencia del 28 de abril de 2014. Exp. No. 150013333012 – 2012 -00133-01. Magistrado Ponente. Fabio Iván Afanador García.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los oficiales y suboficiales que se encuentran en un rango salarial más alto que los soldados profesionales.

Así pues, a la luz de la carta política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el decreto 4433 de 2004, haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – Oficiales y Suboficiales- dejando por fuera a los que devengan un salario inferior, y en consecuencia, a quien más lo necesitan, los soldados profesionales.

En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplico en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub – lite, resulta inaplicable por ser violatoria del principio a la igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los soldados profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de las fuerzas militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.⁸

De lo antes expuesto concluye la Sala que, si bien el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 NO establece el subsidio familiar como partida computable a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, lo cierto es que dicha circunstancia se torna violatoria no solo del derecho a la igualdad y de la especial protección que merece la familia, sino además de los postulados del estado Social de Derecho. En consecuencia, en aras de preservar la coherencia del ordenamiento jurídico respecto de los principios constitucionales, se debe dar aplicación al artículo 148 del CPACA, el cual establece la facultad judicial de inaplicar una norma (Art. 13 del Decreto 4433 de 2004) cuando esta contraviene la constitución Política, pero sólo para el caso concreto y con efectos inter partes.

3.5. DE LA FORMA EN QUE HA DE LIQUIDARSE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección B. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Exp. No. AC 11001-03-15-000-2013-01821-00. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucia Ramirez de Páez.

El artículo 16 ibídem, determino el reconocimiento de la asignación de retiro para soldados profesionales bajo los siguientes parámetros:

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

Frente a la interpretación correcta de esta última norma, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 11 de diciembre de 2014, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García Gonzales, expediente No. 2014-02292-01, indicó que los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 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 normas transcrita con la puntuación ",," que precede al verbo **"adicionado"***".

4. CASO CONCRETO.

Tal como aparece consignado en la certificación expedida por la Dirección de personal del Ejército Nacional (fl. 37), el señor MANUEL DAVID SILVA prestó sus servicios a esa Institución por el lapso de 20 años y 17 días del 5 de mayo de 1991 al 7 de noviembre de 1992 como soldado regular, del 18 de noviembre de 1992 al 31 de octubre de 2003 como soldado voluntario y del 1 de noviembre de 2003 al 30 de mayo de 2011 como soldado profesional.

En razón a lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció una asignación de retiro mediante Resolución No. 3595 del 22 de julio de 2011, efectiva a partir del 30 de agosto de 2011, liquidada así:

"- En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1709 de 2000).

- Adicionado con un treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad."

Según certificación expedida por la entidad demandada, la asignación de retiro del actor fue liquidada en los siguientes términos (fl. 42):

"SUELDO		\$749.840
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.5%	\$288.688.40
SUBTOTAL		\$1.038.528.40
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%	
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO		\$726.970"

Por su parte, contrariando en cierta medida la referida certificación, la entidad demandada en el acto administrativo acusado, contenido en el oficio No. 11801 del 20 de febrero de 2014 explica la liquidación efectuada al actor en su asignación de retiro, de la siguiente manera:

Liquidación Soldados Profesionales 2013

Salario Mínimo Legal Vigente		\$589.500
SMLV + 40% (Art. 16 del D. 4433/2004)	140,00\$	\$825.300
Sueldo Básico Soldados Profesionales		\$825.300
Prima de Antigüedad	38.50%	\$317.740
Porcentaje de Liquidación		\$ 70.000
Asignación de Retiro		\$800.128

De La liquidación efectuada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se evidencia lo siguiente:

1. Se encuentra probado en el plenario que el actor ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado voluntario desde el 18 de noviembre de 1992 regido por la Ley 131 de 1985, siendo incorporado como soldado profesional a partir del 1 de noviembre de 2003, luego es un hecho

probado que su situación queda cobijada por el **inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000** por cuanto a 31 de diciembre del año 2000 se encontraba vinculado como soldado voluntario de acuerdo con la Ley 131 de 1985, por consiguiente, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, concluye la Sala que el demandante tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reajuste su asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2º del artículo 1º del referido Decreto, esto es, en un equivalente al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, ello por cuanto, como otrora se mencionó, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones⁹.

2. Está acreditado que mediante Resolución No. 3595 del 22 de julio de 2011, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le reconoció al demandante una asignación de retiro a partir de 30 de agosto de 2011, en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad (sic), sin que se incluyera cómo partida computable el subsidio familiar, aunque la misma fue devengada en la última nómina de octubre de 2011, como se observa en la certificación vista a folio 39.

3. Como se evidencia en la certificación visible a folio 112 del informativo, la entidad demandada al efectuar la liquidación de la Asignación de Retiro de actor, lo que hizo fue multiplicar el valor correspondiente al salario mensual (\$749.840,00) por el 38.5% equivalente a la prima de antigüedad, y este resultado (\$288.688,40) sumarlo al salario mensual (749.840,00), valor (\$1.038.528,40) que posteriormente es multiplicada por el 70%, hecho que como lo señaló el Juez de instancia, contraviene claramente lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, habida

⁹ A esta conclusión llegó el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación.

cuenta que, como lo dejó establecido el Consejo de Estado, la asignación de retiro equivale al 70% del salario mensual, **adicionado** con el 38.5% de la prima de antigüedad. En consecuencia, se confirmará la sentencia en tal sentido.

CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, colige la Sala que la entidad demandada deberá reajustar la asignación de retiro del actor **1)** tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario 1794 de 2000, esto es, en un equivalente al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%; **2)** incluyendo el subsidio familiar como partida computable, en el mismo porcentaje que venía percibiendo con anterioridad al retiro, y **3)** calculando el reajuste bajo los siguientes parámetros: $AR = (SM \text{ incrementado en un } 60\% \times 70\%) + (SF) + (PA \times 38.5\%)$. Donde AR= Asignación de Retiro. SM= Salario Mensual. SF= Subsidio Familiar. PA= Prima de Antigüedad.

4.1 PRESCRIPCIÓN

Teniendo en cuenta que la asignación de retiro del señor MANUEL DAVID SILVA fue reconocida mediante Resolución No. 3595 del **22 de julio de 2011** (fl. 21), y el actor radicó solicitud de reajuste de la misma el día **7 de febrero de 2014**, resulta evidente que entre una y otra fecha NO han transcurrido más de los cuatro (4) años previstos en los artículos 10¹⁰ y 174¹¹ de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente, para que opere la prescripción de las mesadas pensionales¹².

¹⁰Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.

¹¹ARTICULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹² Teniendo en cuenta el carácter imprescriptible de las pensiones, el interesado puede solicitar el reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo y no obstante que el derecho es imprescriptible, no lo son las acciones que emanen de los derechos prestacionales por tal virtud prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador.

4.2. De la condena en costas en primera instancia

Aduce el recurrente que no debió habersele condenado en costas, dado que desde la contestación de la demanda propuso la excepción de prescripción y que, por ende, conforme lo dispuesto en el artículo 365 numeral 8 del CGP, el resultado habría podido ser la prosperidad de la excepción y, por ende, no procedía la condena dado que las pretensiones no habrían prosperado en su totalidad.

Examinando la determinación adoptada por el Juez de primera instancia, observa la Sala que en el sub judice las pretensiones de la demanda prosperaron en su totalidad, de manera que en virtud de lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.¹³, era procedente condenar en costas a la parte vencida en el proceso, tal como lo hizo el Juez a quo, pues la interposición de la excepción no aseguraba su prosperidad; por lo que se confirmará la sentencia en tal sentido.

5. CONDENA EN COSTAS

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la parte recurrente, dado que se confirmará en su totalidad la sentencia apelada y porque en el expediente aparecen causadas, dado que la parte actora presentó alegatos de conclusión (fl. 217), conforme lo dispuesto en el artículo 365 numeral 8 del CGP.

Al respecto se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección "A", C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 07 de febrero de 2008, expediente No. 13001-23-31-000-2003-00718-01(1414-07).

¹³ **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.
(...)

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida el 24 de mayo de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto.

Segundo: Condenar en costas en esta instancia a la parte recurrente, por lo expuesto.

Tercero: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados:


FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS


FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS T.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN
NOTIFICACIONES Y CUMPLIMIENTO
El auto notifica y cumple en el día
No. 103 de 27 JUN 2018
EL SECRETARIO