



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JESÚS ANTONIO GARZÓN HENAO

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL

RADICADO: 20-001-33-33-002-2017-00099-01

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I.- ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, en audiencia inicial de fecha 23 de agosto de 2018, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda, así:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el Oficio No. 0080068- consecutivo No. 2015-80068 del 10 de noviembre de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la **asignación de retiro** del señor Jesús Antonio Garzón Henao conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**, a título de restablecimiento del derecho, al reconocimiento y pago del reajuste de la **asignación de retiro**, de la cual es beneficiario el señor Jesús Antonio Garzón Henao, la diferencia de lo que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que resulte de aplicar lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, aplicando la fórmula $AR = (SM*70\%) + (PA*38.5\%)$, donde AR es asignación de retiro, SM es salario mensual y PA es la prima de antigüedad

TERCERO: CODNENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**, a título de restablecimiento del derecho, a pagar al señor Jesús Antonio Garzón Henao, el valor de las diferencias causadas de la asignación básica que percibe, como consecuencia del reajuste ordenado en el numeral anterior, **con efectos fiscales a partir del 30 de agosto de 2015** toda vez que no operó el fenómeno de prescripción, cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{IPC \text{ final.}}{IPC \text{ inicial}}$$

Sin perjuicio de la revisión y reajuste que deberá hacer a efectos de que sean tenidas en cuenta para la liquidación y pago de mesadas posteriores.

CUARTO: La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 *ibidem*.

QUINTO: Por secretaría, hágase entrega al demandante, del saldo de gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

SEXTO: Condenar en costas a la parte demandada. Por secretaría dese el trámite previsto en el artículo 366 del CGP, de conformidad con el artículo 188 del CPACA. Fíjese como agencias en derecho el 7% de la condena.

SEPTIMO: *Contra esta sentencia procede el recurso de apelación. Si no fuere impugnada esta decisión, una vez ejecutoriada, archívese el expediente previas anotaciones de rigor. En caso de ser apelada esta decisión, cítese a audiencia de conciliación de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del CPACA.*¹ (Sic para lo transcrito)

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Relató el apoderado del señor JESÚS ANTONIO GARZÓN HENAO, que éste ingresó al Ejército Nacional prestando su servicio militar obligatorio, luego, una vez terminó el período reglamentario, se incorporó como soldado voluntario para que finalmente, a partir del 1° de noviembre de 2003, ser promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro.

Adujo, que una vez cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció a su poderdante la asignación de retiro mediante Resolución No. 6366 de fecha 31 de julio de 2015, y, mediante derecho de petición de fecha 29 de octubre de 2015, el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro con el fin de que se tomara como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, más no como se ha venido presentando, que se tomó el salario mínimo incrementado en un 40%.

Añadió, que desde el reconocimiento de la asignación, la entidad demandada viene liquidando la mesada de su poderdante, tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante se le aplica el 70%, determinándose así la mesada a cancelar.

Afirmó, que mediante acto administrativo con radicación No. 2015-80068, la demandada dio respuesta al derecho de petición anteriormente mencionado, negando las peticiones solicitadas.

¹ Ver folio 100 respaldo y 101.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicitó concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2015-80068 de fecha 10 de noviembre de 2015, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó al actor el reajuste en su asignación de retiro.

Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en calidad del restablecimiento del derecho, al realizar el reajuste de la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 2000 y lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Que se condene a cancelar el reajuste desde el reconocimiento de la asignación y hasta la fecha, además la indexación de los valores que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado de conformidad al artículo 187 del C.P.A.C.A, así como los intereses moratorios, y, se condene en costas a la entidad demandada así como las agencias en derecho.

2.3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso a las pretensiones solicitadas.

Sobre el reajuste solicitado del incremento del 60% del salario mínimo manifestó, que se debía declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta varias providencias del Consejo de Estado que señalaban, que ello era competencia del Ministerio de Defensa, por ser la entidad que expide la hoja de servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

En cuanto al reajuste con el salario mínimo más el 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (prima de antigüedad) adujo, que la norma es clara en señalar, que la asignación de retiro debe reconocerse equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como fue aplicado por la entidad al momento de efectuar la liquidación.

Por otra parte, sostuvo en cuanto a la legalidad de las actuaciones efectuadas por la CREMIL, que éstas fueron correctas, toda vez que fueron bajo las disposiciones legales vigentes a la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro y que por consiguiente no se configuraron ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos señalados.

Agregó, que tampoco ha existido falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por cuanto ellas se ajustaron a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

Finalmente, en relación a las costas, indicó que éstas sólo eran procedentes cuando en el expediente aparezcan causadas y comprobadas.

Finalizó, trayendo a colación pronunciamiento del Consejo de Estado sobre el tema.

III.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, en la audiencia inicial adelantada, accedió a las pretensiones de la demanda, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado y al precedente de este Tribunal, las cuales transcribió, para finalmente ordenar el reconocimiento pretendido en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

IV.- RECURSO INTERPUESTO.-

El apoderado de la entidad demandada presentó recurso de apelación en lo atinente a la aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro y la condena en costas impuesta por el juez de primera instancia.

En relación al primer tópico señala, que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma consagrada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad. Trajo a colación un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En cuanto a la condena en costas impuesta, indica como quiera que la misma procede en la medida de su causación y comprobación, que no basta solamente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de la conducta desplegada por dicha parte para determinar si procede o no la misma.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Sólo alegó el apoderado de parte demandante para solicitar que se confirme la sentencia de primera instancia, para ello, trae a colación diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado.

El Procurador Judicial 47 en Asuntos Administrativos no emitió concepto de fondo.

VI.- CONSIDERACIONES.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

6.1.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Se contrae a establecer, si le asiste o no derecho al señor JESÚS ANTONIO GARZÓN HENAO, a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reajuste la asignación de retiro reconocida, toda vez que fue indebidamente aplicado el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 por medio del cual se estableció la forma en que se debe liquidar, es decir, el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, en segundo lugar, se revisará lo concerniente a la condena en costas impuesta.

6.2.- CUESTIÓN PREVIA.-

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción

de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013², tal como es el caso que nos ocupa.

6.3.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

Así las cosas, lo primero que deberá establecer la Sala, es el régimen normativo y jurisprudencial aplicable al caso, iniciando con el surgimiento y características del régimen de personal, salarial y prestacional de los soldados voluntarios.

En efecto, a través del artículo 1º de la Ley 131 de 1985, el legislador estableció la posibilidad de que los soldados que hubieren prestado su servicio militar obligatorio, manifiestan su deseo de seguir vinculados a la Fuerza Pública, bajo la modalidad del servicio militar voluntario, señalándose en los artículos 1º, 2º y 3º de la norma lo siguiente:

“Artículo 1. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.

Artículo 2. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

Parágrafo 1. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de 12 meses.

Parágrafo 2. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

Artículo 3. Las personas a que se refiere el artículo 2º de la presente Ley, quedarán sujetas, 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 capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.” (Sic para lo transcrito)

De conformidad con lo anterior, quienes hubieran prestado el servicio militar obligatorio, si así lo exteriorizaban al respectivo Comandante de Fuerza y este mismo lo autorizaba, podían continuar vinculados a la Fuerza Pública, pero prestando sus servicios militares como soldados voluntarios, quedando establecido el régimen salarial y prestacional de éstos, en los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 131 de 1985, así:

“Artículo 4. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

² Acta No. 010.

Artículo 5. 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. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

Artículo 6. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.” (Sic para lo transcrito)

En virtud de lo anterior, se entiende, que los soldados voluntarios eran beneficiados con una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario”, además, tenían derecho a devengar una “bonificación de navidad” igual al monto recibido como bonificación mensual “en el mes de noviembre del respectivo año”, y, al ser dados de baja, se hacían acreedores a una suma igual a “un mes de bonificación por cada año de servicios y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar”.

Ahora bien, a través de la Ley 578 de 2000, el legislador facultó al Presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas todo lo concerniente al régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional, en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- <El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1493 de 2000>. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de 6 meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.” (Sic)

En virtud de las facultades conferidas, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1793 de 2000 “por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, en cuyo artículo 1º se definió la calidad de soldado profesional en los siguientes términos:

“Artículo 1. Soldados profesionales. 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.”

En lo que tiene que ver con la incorporación de los soldados profesionales, el artículo 3°, 4° y 5° del Decreto Ley 1793 de 2000, preceptúan lo siguiente:

“Artículo 3. Incorporación. La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.

Artículo 4. Requisitos para la incorporación. Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:

- a) Ser colombiano.*
- b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.*
- c) Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho.*
- d) Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.*
- e) Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.*
- 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.*
- g) Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.*

Artículo 5. Selección. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

Parágrafo. 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.” (Sic para lo transcrito)

De las disposiciones transcritas tenemos, que además de los que ingresaban por primera vez, también podían ser enlistados como soldados profesionales, los uniformados que venían vinculados en los términos de la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, esto es, los soldados voluntarios; pero para ello, debían expresar al Comandante de Fuerza su intención de incorporarse como soldados profesionales y obtener su aprobación.

Lo anterior, quedó reglamentado en el Decreto Ley 1793 de 2000, artículo 42, en el siguiente sentido:

*“Artículo 42. **Ámbito de aplicación.** 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.” (Sic)*

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000, en el artículo 38, precisó lo siguiente:

*“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.” (Sic)*

Es del caso precisar, que la Ley 4ª de 1992, a la cual debía ceñirse el Gobierno Nacional para expedir los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, consagra el principio de respeto de los derechos adquiridos en su artículo 2º, literal a), en los siguientes términos:

*“Artículo 2.- **Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:***

*a. **El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;(…)**” (Sic)*

En virtud de las normas reseñadas, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyos artículos 1º y 2º definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios, así:

*“Artículo 1. **Asignación salarial mensual.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán 1 salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 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 60%.

*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 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 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.”(Subraya la Sala)

Lo anterior permite concluir, que los soldados profesionales que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tenían derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40%, y, quienes venían como soldados voluntarios, devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

De conformidad con lo anterior, para esta Corporación es claro, que el Gobierno Nacional al momento de reglar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, quiso aplicar el respeto por los derechos adquiridos, conservando para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, en 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, un régimen de transición implícito 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, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En ese orden de ideas, la Sala concluye 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%.

Ahora bien, recientemente, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia de unificación, SUJ-015-CE-S2-2019, radicado: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-2016) de fecha 25 de abril de 2019, M.P William Hernández Gómez, estableció las reglas para el reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales, así:

1. *“En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

309. *En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:*

1.1. *Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*

1.2. *Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.*

2. *Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar*

como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%³ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁴ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

4. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

4.1. La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4.2. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$$\underline{(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}}$$

6. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

7. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

³ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁴ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

8. *Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.*" (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

6.4.- CASO CONCRETO.-

Atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación incoado por la parte demandada, esta Corporación, en primer lugar, hará un recuento de los hechos probados en el proceso, en lo pertinente, así:

Se encuentra acreditado, que el señor JESÚS ANTONIO GARZÓN HENAO, prestó el servicio militar obligatorio, desde el 14 de enero de 1994 hasta el 30 de junio de 1995 como soldado regular, que posteriormente fue soldado voluntario del Ejército Nacional durante el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 1995 hasta el 31 de octubre de 2003. Seguidamente, desde el 1° de noviembre de 2003, pasó a desempeñarse como soldado profesional, hasta el 30 de mayo de 2015, por adquirir el derecho a la pensión. (Ver hoja de servicio, folio 8).

Posteriormente, a través de Resolución No. 6366 del 31 de julio de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al soldado profesional ® del Ejército Nacional JESÚS ANTONIO GARZÓN HENAO. (Folios 9 y 10).

Así mismo se demostró, que el día 29 de octubre de 2015, el señor JESÚS ANTONIO GARZÓN HENAO elevó derecho de petición al Director de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro, tomando como base de liquidación la asignación establecida en el artículo primero, inciso segundo del Decreto 1794 de 2000, es decir, un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, así como también el 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (Folios 3 a 5).

De igual forma está acreditado, que el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dio contestación a la petición anterior, a través del Oficio 2015-80068 del 10 de noviembre de 2015, negando la solicitud incoada por el demandante. (Folio 6)

Ahora bien, en cuanto al reajuste solicitado por la apoderado de la parte actora, esto es, la liquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta el 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es preciso remitirnos a la resolución por medio de la cual se le concedió la asignación de retiro, y al acto acusado, en donde se vislumbra que la asignación de retiro del actor fue liquidada con el sueldo básico más el 70% y a eso se le adiciono el 38.5% de la prima de antigüedad.

Ahora, el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, "*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*", prescribe en su artículo 16, lo siguiente:

"ARTICULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague

una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Sic)

Y, según la regla jurisprudencial transcrita en precedencia, la forma correcta de liquidar la asignación de retiro es $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$.

De conformidad con la regla establecida en la sentencia de unificación en precedencia, considera la Sala que no le asiste razón a la parte recurrente cuando señala que la asignación se encuentra debidamente liquidada, pues según lo establecido por la máxima Corporación para liquidar la asignación de retiro al soldado profesional, la entidad debe realizar el cálculo tomando el 70% del salario mensual y a ello se debe adicionar el salario por el 38.5% de la prima de antigüedad, y no como efectuó la parte demandada, pues dista claramente de lo señalado, siendo el valor final ampliamente más perjudicial para el actor.

En consecuencia, se advierte que respecto del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por medio de la cual se indica la manera de liquidar la asignación de retiro de los soldados, la entidad demandada está efectuando una interpretación que resulta contraria al tenor literal de la norma desconociendo los postulados constitucionales de carácter laboral contenidos en el artículo 53 de la Constitución, principio que ordena interpretar las disposiciones legales en materia prestacional de forma favorable al trabajador, el cual, valga aclarar, resulta del todo aplicable en materia pensional, teniendo en cuenta que como reiteradamente ha dicho la Corte Constitucional, la asignación de retiro, es de naturaleza prestacional al igual que la pensión de vejez, por lo que aún en el evento de considerar que tal interpretación pudiera surgir del texto legal, debió preferir aquella que resultaba más favorable al trabajador.

En consecuencia, la sentencia apelada en cuanto ordenó el reajuste de su asignación de retiro con el fin de que la entidad demandada aplique de manera correcta la fórmula señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, $\text{salario} \times 70\% + \text{salario} \times 38.5\%$, debe ser confirmada.

Por otra parte, en lo atinente a la condena en costas impuesta, pues aduce la parte demandada que sólo habrá lugar a ellas cuando en el expediente aparezcan causadas y en la medida de su comprobación.

Al respecto, advierte la Sala, que si bien es cierto, el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 365 del Código General del Proceso, disponen sobre la condena en costas tanto en primera instancia como en segunda, también lo es que en esta oportunidad esta Corporación acogerá el criterio asumido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia de fecha 23 de marzo de 2017, radicación No. 20001-23-39-000-2014-00263-01(0501-2016), en donde quedó establecido que el sentido de la norma no es imponer la condena en contra de un parte por el simple hecho de resultar vencida, sino que es deber del juez valorar las circunstancias que la justifiquen, es decir, establecer con base en lo probado en el proceso, si ésta realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a imponerla.

En consecuencia, en el presente asunto, si bien se está condenando a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al reajuste de la asignación de retiro del actor,

también lo es que ello por sí sólo no es motivo para condenarla en costas, como quiera que no se observa en ella una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en el proceso de la referencia, razón por la cual la condena en costas será revocada, y, por ese mismo hecho en esta instancia la misma tampoco procede.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el ordinal SEXTO de la sentencia apelada, esto es, la proferida en audiencia inicial el día 23 de agosto de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, de conformidad con las motivaciones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de decisión No. 060, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE