



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NAUM ARCEL NOVOA FUENTES
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)
RADICADO: 20-001-33-33-002-2017-00186-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha de 23 de Agosto de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió¹:

“PRIMERO: DECLARESE PROBADA la prescripción en el presente caso hasta el día 04 de julio de 2014.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio No. 0043336 –consecutivo No. 2016-43336 del 29 de junio de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación del retiro del señor Naum Arcel Novoa Fuentes conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: 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 Naum Arcel Novo Fuentes, la diferencia de lo que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que resulte de aplicar lo dispuesto en 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, SAM es salario mensual y PA es la prima de antigüedad.

CUARTO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), a título de restablecimiento del derecho, a pagar al señor Naum Arcel Novoa Fuentes, 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 05 de Julio de 2014 toda vez que opero en forma parcial 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 (...)”².

¹ Folio 115 y 116 del expediente

² Folio 115 del expediente.

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES³

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

“1). Declarar la nulidad del Acto Administrativo N° 2016-43336 de 29 de junio de 2016 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó las siguientes peticiones:

La liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mínimo de conformidad al régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000.

La reliquidación de la asignación de retiro poderdante dándole correcta aplicación al artículo 16° del decreto al régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000.

2). Como consecuencia de la anterior declaración, e calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:

Liquidar la asignación de retiro de mi poderdante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000(salario mínimo incremento en un 60% del mismo salario).

A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básico se le adiciona del 38,5 de la prima de antigüedad.

3). Que, en virtud a las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro de mi representado, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitada en los numerales anteriores.

4) Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la indiferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA (...)⁴.

1.2. HECHOS⁵

³ Folio 4 y 5 del expediente.

⁴ Folio 20 del expediente.

⁵ Folio 3 y 4 del expediente.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así⁶:

Señala el demandante que prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.

Indica que de conformidad con lo dispuesto en la ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario y a partir de 1 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovida como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

Sin embargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante Resolución N°2294 de fecha 14 de marzo de 2014, le reconoció asignación de retiro.

Se afirma en el acápite de los hechos que el Sr. NAUM ARCEL NOVOA FUENTES, radicó derecho de petición (Ref. N°20160052192), ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000.

Dicha petición fue desestimada mediante acto administrativo radicado N°201643336 con fecha de 29 de junio de 2016, el cual es objeto del presente proceso judicial.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2°) Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de fecha 23 de agosto de 2018, declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 0043336 y condena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la asignación de retiro del hoy demandante⁷.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) 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 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 sers inferior a uno punto dos (2.1%) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

De conformidad con la regla establecida en el artículo en precedencia, considera la Sala que en cuanto al primer ajuste solicitado, le asiste razón a la parte actora recurrente, por cuanto la norma es clara en señalar, que

⁶ Folio 14 y 15 del expediente.

⁷ Folio 113 y 114 del expediente

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 38.5% de la prima de antigüedad y no como efectuó la parte demanda, pues el salario mensual primero se le adiciono el 38.5% de la prima y luego al valor total se le incremento el 70% referido, lo cual dista claramente de lo señalado legalmente y el valor final es ampliamente más perjudicial para el actor.

En consecuencia, se advierte que respecto al 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 principios 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 aun en el evento de considerar que tal interpretación pudiera surgir del texto legal, debió preferir aquella que resultaba más favorable al trabajador” _Se resalta.

Así las cosas, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá pagarle al accionante el referido incremento a partir del 05 de julio de 2017 siendo que la fecha a partir de la cual se ordeno el reconocimiento y pago de la asignación de retiro contenida en la resolución No. 2294 del 14 de marzo de 2014 fue del 15 de abril de 2014, toda vez que he operado el fenómeno de la prescripción trienal prevista en el artículo 43 del decreto 4433 de 2004.

Al respecto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, señala

“ARTICULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional según el caso”

Así las cosas, se declara la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento se ordenara el reconocimiento y pago a favor del demandante, de la diferencia en la asignación mensual que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 aplicando la formula AR: $(SM*70\%)+(PA*38,5\%)$, donde AR es asignación de retiro, SM es salario mensual y PA es la prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el salario mínimo corresponde a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento(60%), de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN⁸

⁸ Folio 90 al 95 del expediente.

De folio 133 y 134 del expediente, obra el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de fecha 23 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante el cual manifiesta que el motivo de su inconformidad frente al fallo, toda vez que la entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.

Finalmente, critica también la condena en costas al estimar que las mismas no se encuentran debidamente probadas en su causación.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 1 de noviembre de 2018⁹, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 22 de noviembre de 2018¹⁰, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad procesal, el Agente del Ministerio Público considera que la parte apelada de la sentencia debe ser confirmada en tanto que la lectura de la norma en aplicación, artículo 16 del decreto 4433 de 2004, conlleva que el porcentaje del 70 se aplique solo al salario previsto en el numeral 13.2.1 y no a la sumatoria del mismo con el resultado de aplicar el 38% a la prima de antigüedad, con lo cual quedaría afectado doblemente el factor prima de antigüedad al aplicársele inicialmente el 38% y luego el 70%¹¹.

2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia del 23 de agosto de 2018.

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la apoderada judicial de la parte demandada, contra la sentencia fechada 23 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si debe ser revocada la sentencia de instancia por mediodo la cua se anuló el acto administrativo a través del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) negó al señor Naun Arcel Novoa Fuentes el reajuste de su asignación de retiro por indebida aplicación del 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.

⁹ Folio 153 del expediente.

¹⁰ Folio 163 del expediente.

¹¹ Folio 170 al 173 del expediente

2.3. PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

El señor NAUM ARCEL NOVOA FUENTES prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional 2294.

Mediante resolución N°2294 de 14 de marzo de 2014, de conformidad con lo dispuesto en Decreto Ley 1211 de 1990, la caja de retiro de las fuerzas militares le reconoció la asignación del retiro¹².

Conforme al memorial contentivo del derecho de petición elevado ante la entidad demandada radicado N°20160052192 de fecha de 20 de junio de 2016, se sabe que el hoy demandante solicitó:

“Que se ordene a quien corresponda la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro, que me fue reconocida mediante Resolución expedido por parte de la caja de retiro de las fuerzas militares, tomando como base de liquidación la asignación establecida en el artículo primero (1) inciso segundo (2) del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario)”¹³.

Mediante acto administrativo N°2016-43336 de fecha 29 de junio de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el incremento de la liquidación con base en la asignación de retiro, al estimar que se había liquidado en el porcentaje correcto (40%)¹⁴.

2.4. ANÁLISIS DEL CASO A LA LUZ DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LAS PARTES

Acorde con la hoja de servicios obrante a folio 10 del expediente, se tiene que el señor NAUM ARCEL NOVOA FUENTES prestó sus servicios en el Ejército Nacional 20 años, 5 meses y 4 días, conforme a la liquidación de servicios visible al folio mencionado inicialmente.

Se encuentra probado que mediante Resolución No. 2294 del 14 de marzo de 2014, CREMIL le reconoció al señor NAUM ARCEL NOVOA FUENTES su asignación de retiro como soldado profesional del Ejército, teniendo en cuenta para su liquidación el 70% del salario mensual y el 38,5% de la prima de antigüedad devengados por el demandante.

El 20 de junio de 2016, con oficio identificado con el consecutivo 2016-43336, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CREMIL, niega la solicitud elevada por el actor¹⁵.

El problema jurídico planteado por las partes en el presente litigio, deviene de diversas fuentes argumentativas; por un lado, está la pretendida reliquidación tomando como base 1 SMMLV más el 60%, y no sumado al 40% como efectivamente se hizo; y, de otra parte, la liquidación en un valor de 70% del subsidio familiar, y no con base en el 30% como efectivamente se hizo en el acto de reconocimiento.

¹² Folio 10 al 12 del expediente

¹³ Folio 2 al 4 del expediente

¹⁴ Folio 5 del expediente

¹⁵ Folio 25 del expediente.

Para resolver el presente asunto, se hará un breve estudio de la normatividad aplicable a los soldados voluntarios; luego se analizará el régimen prestacional de los soldados profesionales, para entonces analizar el caso desde la perspectiva de la reciente sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado.

2.4.1.- SOBRE EL REGIMEN PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS

El artículo 1º de la Ley 131 de 1985, estableció la posibilidad de que quienes hubieran prestado su servicio militar obligatorio, manifestasen su deseo de seguir vinculados a la Fuerza Pública, bajo la modalidad del servicio militar voluntario. Sobre el particular, los artículos 1º, 2º y 3º de la norma en cita, señalaban:

“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”.

De acuerdo con lo citado, quienes hubieran prestado el servicio militar obligatorio, si así lo manifestaban al respectivo Comandante de Fuerza y este lo autorizaba, podían continuar vinculados a la Fuerza Pública, pero prestando sus servicios militares como soldados voluntarios.

Con respecto a la situación salarial y prestacional de los soldados voluntarios, los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 131 de 1985, establecieron:

“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.

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”.

Así entonces, es claro que los soldados voluntarios eran remunerados con una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario”. También, tenían derecho a percibir 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”.

Establecidos los aspectos fundamentales de la regulación normativa contenida en la Ley 131 de 1985, hace falta referirse entonces al régimen legal de los llamados soldados profesionales.

2.4.2.- SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

Con la expedición 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 (...)”.

En ejercicio de estas facultades, 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”, cuyo artículo 1º 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.”

El Decreto Ley en comento, preciso en sus artículos 3, 4 y 5 con respecto a la incorporación de los soldados profesionales:

“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 la 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”.

De acuerdo con las disposiciones transcritas, 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 a 31 de diciembre de 2000, esto es, los soldados voluntarios; sin embargo, para ello, debían expresar al Comandante de Fuerza su intención de incorporarse como soldados profesionales y obtener su aprobación.

Esta dicotomía entre soldados profesionales que ingresaron por primera vez y los que siendo voluntarios fueron posteriormente enlistados como profesionales, es reconocida por el mismo Decreto Ley 1793 de 2000, cuando en su artículo 42 señala:

“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”.

Corolario de lo anterior, es claro que a partir de la expedición del Decreto Ley 1793 de 2000, pese a ostentar el mismo rango de soldados profesionales, los enunciados normativos analizados distinguen en este género de uniformados dos categorías en virtud de las diferencias objetivas que estipulan dichas normas en cuanto a su vinculación, esto es, la antigüedad de unos y la novedad de otros.

4.2.3.- SOBRE EL RÉGIMEN SALARIAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

En tratándose del régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000, en su artículo 38, autorizó al Gobierno Nacional para su expedición, en los siguientes términos:

“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”.

Por su parte, 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 (...).”

De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta 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.

El artículo 1 de aquél cuerpo normativo, precisó:

“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%”.

Así, es claro que de las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40%; mientras que en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían

mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

Esta dicotomía vino a ser zanjada por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del pasado 25 de agosto de 2016, cuando estableció:

“(…) 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 2000,78 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 1985,79 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 1985,80 es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,81 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 199282 y el Decreto Ley 1793 de 2000,83 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 179384 y 179485 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%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,87 les respeta a los soldaos

voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que debe ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

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% (...)"¹⁶.

De los anteriores preceptos normativos se colige, que quienes se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, en virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares, acogiéndose al régimen prestacional designado para éstos, pero conservando, en virtud del Decreto 1794 de 2000, una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

Rememora la Sala que la inconformidad de la parte actora, según lo consignado en la demanda, recae en la liquidación de la asignación de retiro, la cual es catalogada como irregular, en tanto se aplicó de manera errada la fórmula para liquidarla, al tiempo que critica el hecho que no se accedió el incremento del 40% al 60% para el caso de soldados voluntarios que se vincularon como profesionales.

Así entonces, existen dos asuntos que analizar, tal como se pasa a hacer:

Comencemos por el incremento del 40% al 60%. Para ello, es necesario esclarecer la incidencia del inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 en el salario del personal anteriormente mencionado, para efectos de determinar su impacto en la liquidación de la asignación de retiro, habida cuenta de que dicha norma dispone:

"(...) 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 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%) (...)"

El contenido normativo transcrito fue objeto de diferentes apreciaciones en sede judicial, pues, en unos casos, se consideró ajustada a derecho la interpretación según la cual, los soldados voluntarios incorporados como profesionales debían devengar un salario mínimo incrementado en un 40%, mientras que en otras

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Cartagena de Indias D. T. y C., 25 de agosto de 2016. No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001

oportunidades, se admitió que lo que correspondía era un salario mínimo mensual incrementado en un 60%. Esto promovió que se instauraran procesos en los que se reclamó un ajuste del 20%, situación que hizo imperativo que esta corporación efectuara un pronunciamiento de unificación jurisprudencial sobre el punto objeto de controversia en la sentencia del 25 de agosto de 2016¹⁷, en la cual se fijaron las siguientes reglas:

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente (...).

De lo anterior, se observa que la segunda regla establecida en esta sentencia hizo referencia a la asignación salarial mensual de los soldados profesionales y en la tercera y la cuarta a un reajuste prestacional, sin embargo, en tal providencia no se abordó el estudio ni se definieron las reglas relativas al porcentaje de incremento que debe tenerse en cuenta en la asignación de retiro de los soldados profesionales, en atención a que este aspecto no era objeto de debate en aquella oportunidad.

En el caso bajo estudio, se tiene que con la resolución No. 9348 del 26 de marzo de 2018¹⁸, ordenó corregir el reconocimiento realizado al actor de su asignación de retiro, incluyendo entonces el incremento del 20% adicional del sueldo básico como partida computable dentro de dicha prestación, razón por la cual, carece de sentido la orden de reliquidación contenida en la sentencia impugnada, la cual será revocada.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 850013333002201300060 01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz.

¹⁸ Folio 159 del expediente.

Resta entonces por determinar lo atinente la fórmula de liquidación de la asignación de retiro. Al respecto, la decisión del Despacho de origen ordenó la reliquidación al entender que no se había aplicado en debida forma la fórmula para liquidar la asignación de retiro del actor.

En relación con este aspecto, se observa que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prevé:

“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”.

La norma en comento ha sido objeto de varias interpretaciones que se traducen en la fórmula a implementar para efectos de liquidar la mesada de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues, mientras CREMIL estima que al salario se le debe adicionar el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70% para calcular la mesada¹⁹, el Consejo de Estado, a través de sus diferentes secciones, ha entendido que la correcta aplicación de la norma se da si se tiene en consideración el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual²⁰. En otras palabras, se debe calcular a partir del 70% del salario devengado que percibía mensualmente, y, al resultado de este valor, se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad²¹.

En el caso bajo estudio, la Resolución No. 2294 de 2014, por medio de la cual se reconoció la asignación de retiro al hoy demandante, efectivamente aplicó el porcentaje del 70% de lo percibido únicamente al salario mensual, para luego sumarlo con el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como se debió hacer²², por lo que no es de recibo la argumentación expuesta por el Despacho de instancia al estimar que no se había liquidado en debida forma la asignación de retiro del actor pues, como se pudo comprobar, el setenta por ciento fue solo aplicado al salario, con independencia del 38.5%, tal como lo enseña la norma traída a colación.

Por lo anterior, se revocará la orden relativa a la aplicación de la fórmula para liquidar la asignación de retiro, en tanto se pudo comprobar que la misma fue liquidada de conformidad con los parámetros establecidos en la Ley.

3. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

La Sala revocará la condena en costas contenida en el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP²³,

¹⁹ Asignación de retiro = (salario + prima de antigüedad) / 70%.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicación: 660012333000201300079 01(2898-14), Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez.

²¹ Asignación de retiro = (salario*70%) + prima de antigüedad.

²² Folio 10 y 11 del expediente.

²³ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA²⁴.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia 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”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”²⁵.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el pasado veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo del Circuito de Valledupar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*. En consecuencia, DESESTIMAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de Decisión efectuada en la fecha. Acta No. 153.


OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.
²⁴ Art. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez.