

COPIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ULISES BADILLO DÍAZ
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL
RADICADO: 20-001-33-33-008-2017-00257-01
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 en audiencia inicial por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, de fecha 14 de noviembre de 2018, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO. - DECLARAR no probadas las excepciones de “LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES”, de la denominada “EN CUANTO AL REAJUSTE DEL 20% EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO”, propuestas por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – INAPLICAR por inconstitucionalidad, para el caso concreto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 al excluir como partida computable para liquidar la asignación de retiro del soldado profesional ULISES BADILLO DÍAZ la duodécima parte de la prima de navidad, por las razones expuestas precedentemente.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del Oficio No. 2015-70030 del 30 de septiembre de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente.

CUARTO.- Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA a CREMIL, que la liquidación de la asignación de retiro reconocida al soldado profesional (r) ULISES BADILLO DÍAZ, respecto a la inclusión de la partida correspondiente a la Prima de Antigüedad, se realice aplicando de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, esto es, sin que se afecte doblemente la referida partida, tal y como quedó expuesto en la parte considerativa de la presente decisión.

Adicionalmente, se ordena a la Entidad demandada, que incluya en la liquidación de la asignación de retiro reconocida al actor, como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, la cual deberá ser liquidada teniendo en cuenta los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal del retiro del demandante, efectiva a partir del 30 de septiembre de 2010 pero con efectos fiscales desde el 24 de septiembre de 2012, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO.- DECLARAR probadas la excepciones de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de septiembre de 2012, así como aquella configurada bajo el título "En cuanto al reajuste del 20% de la asignación de retiro", de conformidad con la parte motiva., sin perjuicio de que el reajuste ordenado deba ser utilizado como base para reajustar las mesadas posteriores.

SEXTO.- DECLARAR NO probadas las demás excepciones propuestas por la Entidad demandada CREMIL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente.

SÉPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto.

OCTAVO.- Negar las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto.

OCTAVO.- Al efectuarse la reliquidación de la mesada pensional, la entidad demandada debe aplicar el ajuste de valores contemplados en el artículo 187 del CPACA, a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado, de conformidad con la fórmula utilizada para sentencias judiciales.

NOVENO.- De igual forma se CONDENA a CREMIL, a pagar al demandante, las diferencias de las asignaciones de retiro existentes entre los valores que le fueron reconocidos y los que le deben reconocer en virtud de la presente providencia.

DÉCIMO.- Son codena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente.

DÉCIMO PRIMERO.- La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMO SEGUNDO. – Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y una vez se encuentre en firme la presente esta providencia, archívese el expediente."¹ (Sic para lo transcrito)

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Relató el apoderado del señor ULISES BADILLO DÍAZ, que éste prestó sus servicios al Ejército Nacional por un período de 20 años, inicialmente como soldado regular, posteriormente se incorporó como soldado voluntario, y finalmente, a partir del 1° de noviembre de 2003, fue promovido como soldado profesional, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos

¹ Ver folios 71 respaldo y 72.

1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Adujo, que en virtud de lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció una asignación de retiro mediante Resolución No. 2730 del 19 de agosto de 2010, no obstante ésta estuvo mal liquidada, como quiera que fue efectuada con base en un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostenten la calidad de voluntarios, la asignación básica debía ser liquidada con base en el salario mínimo más un 60%.

Además, al aplicar la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, Cremil liquidó el salario básico adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y luego saca el 70%, tomando erradamente los factores y porcentajes a liquidar.

De igual forma señaló, que en la asignación de retiro no le fue incluida la duodécima parte de la prima de navidad de conformidad con el Decreto 4433 de 2004.

Manifestó que en virtud de lo anterior, el demandante interpuso derecho de petición mediante Oficio No. 85375 del 23 de septiembre de 2015, con el fin de que la entidad demandada reajustara la asignación de retiro en la forma indicada, no obstante Cremil, mediante Oficio No. 2015-70030 del 30 de septiembre de 2015, negó la petición incoada.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 70029 con consecutivo 2015-70030 del 30 de septiembre de 2015, por medio del 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, al reconocimiento y pago a favor del señor ULISES BADILLO DÍAZ, del reajuste de su asignación de retiro, aplicando correctamente lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 13.2.1 de la misma norma, y el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, tomando correctamente los factores y porcentajes a liquidar, además se incremente en un 60% el salario mínimo y además, se incluya la duodécima parte de la prima de navidad, todo lo anterior desde el día 23 de septiembre de 2015, debidamente indexada, aplicando la prescripción cuatrienal desde la fecha de la petición hasta la actualización del pago total de la obligación..

Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

III.- TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso a las pretensiones solicitadas, por cuanto el reconocimiento de la asignación de retiro del actor se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en atención a lo dispuesto en la hoja de servicios militares tal como lo establece los artículos 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990.

Manifestó, que la asignación de retiro para los soldados profesionales, se liquida con base a lo señalado en el numeral 13.2.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual hace remisión expresa al inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, en donde quedó claro que la asignación de retiro para quienes ostenten esa calidad, sería un salario mínimo mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40%.

En cuanto al reajuste con el salario mínimo más el 70% 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.

De igual forma, en relación con la inclusión de la prima de navidad señaló, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, esta partida se estableció para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales, razón por la cual no se le incluyó al actor.

Finalizó, trayendo a colación diferentes pronunciamientos sobre el tema.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar accedió a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo que el actor tenía derecho al reajuste de su asignación de retiro incrementando la asignación básica del 60% y sin doble afectación de la prima de antigüedad, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En cuanto a la prima de navidad, el juez ordenó su inclusión como partida computable, pues el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 incluía esta partida para los oficiales y suboficiales, por lo tanto, no consideraba que debía existir un trato desigual con los soldados profesionales.

En virtud de lo anterior, accedió a las pretensiones solicitadas en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, solicitando que sea revocada.

Arguye, en cuanto al reajuste solicitado con el salario básico incrementado en el 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que siguiendo la secuencia y uniformidad de la norma se debe reconocer el salario básico

incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad tal como lo ha estado aplicando la entidad. Para fundamentar lo anterior, trae a colación dos pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Finalmente, en cuanto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro, arguye que de conformidad con lo señalado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 esta partida sólo se debe tener en cuenta para los oficiales y suboficiales, cita diferentes pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y agrega, que no se configura vulneración al derecho a la igualdad, pues fue el legislador el que estableció los parámetros a tener en cuenta dentro de las asignaciones de retiro.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Las partes no hicieron pronunciamiento.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

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

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

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

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Se contrae a establecer, si le asiste o no derecho al señor ULISES BADILLO DÍAZ, a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reajuste la asignación de retiro reconocida, toda vez que en primer lugar, 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 y en segundo lugar, si tiene derecho a que en dicha asignación se le incluya la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro.

8.3.- 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.

² Acta No. 010.

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

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.

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 3º, 4º y 5º 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 trascritas 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*

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.

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:

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

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.

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)

8.5.- 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 ULISES BADILLO DÍAZ, prestó el servicio militar obligatorio, desde el 19 de octubre de 1989 hasta el 30 de marzo de 1991 como soldado regular, que posteriormente fue soldado voluntario del Ejército Nacional durante el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1991 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 junio de 2010, por adquirir el derecho a la pensión. (Ver hoja de servicio, folio 7).

Posteriormente, a través de Resolución No. 2730 del 19 de agosto de 2010, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al soldado profesional ® del Ejército Nacional ULISES BADILLO DÍAZ. (Folios 10 a 12).

Así mismo se demostró, que el día 23 de septiembre de 2015, el señor ULISES BADILLO DÍAZ 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, y, la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad (Folio 3).

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 2015-70030 del 30 de septiembre de 2015, negando la solicitud incoada por el demandante. (Folio 5)

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, aspecto que fue concedido por el a quo, 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.

Es por lo anterior, que este aspecto de la sentencia será confirmado.

De otro lado, en cuanto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, de conformidad con reglas legales y jurisprudenciales sentadas en unificación por el Consejo de Estado, arriba transcritas, es evidente que los soldados profesionales no tienen derecho a que se les incluya como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, por no estar contemplado ni en la ley ni en la jurisprudencia.

Además de lo anterior, se advierte que ni siquiera en la hoja de servicios del actor, se atisba que éstos hubiesen devengado la prima de navidad mientras estaba en servicio activo, motivo aún más para negar la pretensión invocada.

Ahora bien, aduce el a quo, que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado y desigual entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, lo que constituye según su dicho, una afectación a los derechos de igualdad del demandante, por lo que accedió a las pretensiones declarando la excepción de inconstitucionalidad.

Al respecto, es menester traer a colación lo que la sentencia de unificación del Consejo de Estado ya citada, señaló con relación a la supuesta vulneración al derecho de igualdad alegada:

1. *“Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁵ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.*
2. *En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»⁶, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»⁷, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».*
3. *Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994⁸ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005⁹, la Corte*

⁵ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

⁶ T-587 de 2006.

⁷ Ibidem.

⁸ Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes¹⁰. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales¹¹. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes¹².

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas». (negrita fuera de texto)

4. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de

⁹ Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

¹⁰ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

¹¹ Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

¹² Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

(...)

5. Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

6. En conclusión, 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.

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

- i) 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.
- ii) 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." (Sic para lo transcrito)

De conformidad con lo anterior, en el presente asunto no es procedente alegar la supuesta vulneración al derecho de la igualdad por las partidas que se tienen en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y la de los oficiales y suboficiales, pues en primer lugar aquellos se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, y, en segundo lugar, por cuanto la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad, de conformidad con lo sostenido por la máxima Corporación en la sentencia de unificación transcrita.

En virtud de lo anterior, este tópico de la sentencia será revocado.

Por las razones plasmadas, se modificará la sentencia de primera instancia, proferida en audiencia inicial el 14 de noviembre de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, que accedió parcialmente a las pretensiones del demandante. En su lugar se revocará el ordinal segundo y se modificará el ordinal cuarto de conformidad con las consideraciones que anteceden.

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

En esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

IX.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFICAR la sentencia apelada, proferida en audiencia inicial el día 14 de noviembre de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, la cual quedará así:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la providencia impugnada, el cual quedará así:

Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA a CREMIL, que la liquidación de la asignación de retiro reconocida al soldado profesional (r) ULISES BADILLO DÍAZ, respecto a la inclusión de la partida correspondiente a la Prima de Antigüedad, se realice aplicando de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, esto es, sin que se afecte doblemente la referida partida, es decir, salario x 70% + salario x 38.5%, tal y como quedó expuesto en la parte considerativa de la presente decisión. El anterior reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir del 24 de septiembre de 2012 por prescripción trienal.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la providencia apelada.

CUARTO: Sin costas.

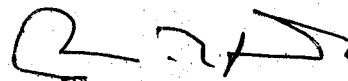
QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

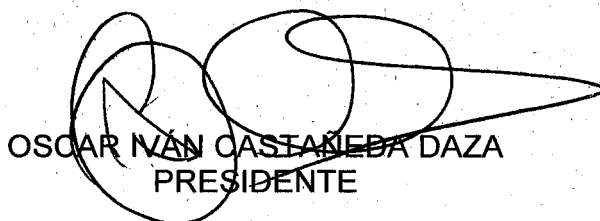
Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 073, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE