



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NESTOR AUGUSTO CELY RIVERA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
(CREMIL)
RADICADO: 20-001-33-31-005-2016-00277-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha de 25 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió¹:

“PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, con relación al reajuste de la asignación básica que percibía el actor en actividad para posteriormente liquidar la asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR improspero el medio exceptivo propuesto por la demandada CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, denominados LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADOS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES y PRESCRIPCIÓN, de conformidad con las motivaciones vertidas en esta providencia.

TERCERO: DECLARAR impróspero de manera parcial los medios exceptivos propuestos por la demandada CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, denominados EXISTENCIA DE RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO APRTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACION DE RETIRO Y CARENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA SOLICITAR LA INCLUSION DEL SUBSIDIO FAMILIAR, como consecuencia de la INAPLICACION del Decreto 1162 de 2014 en este caso, por violación del derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la constitución política, de conformidad con las consideraciones expuestas en este proveído.

¹ Folio 180 del expediente

CUARTO: En virtud de lo anterior, DECLARAR la nulidad del acto administrativo No. 0089495 de fecha 17 de diciembre de 2015 y el No. 0003458 del 21 de enero de 2016, por medio del cual la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL-, negó la reliquidación de la asignación de retiro del señor NESTOR AUGUSTO CELY RIVERA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: En consecuencia, se ORDENA a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, que la liquidación de la asignación de retiro reconocida al soldado profesional NESTOR AUGUSTO CELY RIVERA, respecto de la prima de antigüedad, se realice aplicando de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, tal y como quedo expuesto en la parte considerativa de la presente decisión, esto es, sin que se afecte doblemente la referida partida (...)”².

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. Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos conformados por los oficios No. 0089495 proferido el 17 de diciembre de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el convocante, y No. 0003458 de fecha 21 de enero de 2016, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del DEMANDANTE, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

a. REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 13.2.1. DE LA MISMA NORMA Y EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DE 2000, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CALCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN POR RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR AFECTANDO DOBLEMENTE LA PRIMA DE ANTIGUEDAD.

b. REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000, YA QUE SE ESTÁ TOMANDO EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO SOLO EN UN 40%, CUANDO LA NORMA ESTABLECE QUE PARA LOS SOLDADOS

² Folio 195 a 196 del expediente.

³ Folio 16 a 17 del expediente.

QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, COMO ES EL CASO DEL DEMANDANTE, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO EN UN 60%.

c. REAJUSTE POR VIOLACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, ENTRE ELLOS EL DEMANDANTE, CUANDO A TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL ASÍ COMO DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES Y DE POLICIA, SE LES TIENE EN CUENTA COMO FACTOR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO RESPECTIVA.

3. Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos (...)."

1.2. HECHOS⁴

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así⁵:

Señala el demandante que prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional el 15 de abril de 1996.

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 promovido 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° 1093 de fecha 9 de febrero de 2015, le reconoció asignación de retiro, que estima no fue reconocida en los términos procedentes con respecto al aumento de la asignación básica y la afectación porcentual de la prima de antigüedad.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de fecha 25 de enero de 2018, concedió las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

"(...) así las cosas, advierte el Despacho que para efectos de establecer si la liquidación efectuada por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES es ajustada a derecho, debe comparar la liquidación actual de la asignación de retiro del actor, así como la que procede de conformidad con la norma contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (...) por lo expuesto, se concluye que la CAJA DE

⁴ Folio 17 a 18 del expediente.

⁵ Folio 14 y 15 del expediente.

SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, si bien partió del salario mínimo incrementado en un 40% del mismo, en los términos del artículo 1 del Decreto 1794 del año 2000, también lo es, que afecto doblemente la prima de antigüedad, dado que al 38.5% se le aplica un 70% más, lo cual disminuye el monto a devengar por el señor CELY RIVERA NESTOR AUGUSTO.

(...)

Así las cosas, resulta claro para el Despacho que aun cuando el legislador, tan solo estableció la inclusión del subsidio familiar y la prima de navidad en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, excluyendo a los soldados profesionales; en aplicación del principio de igualdad, resulta procedente reconocer dicho emolumento a estos últimos, aunque ello signifique la inaplicación de la norma según la cual únicamente se puede tener en cuenta tales partidas para liquidar la asignación de retiro del personal oficial y suboficial.

Aunado a lo anterior, debe precisarse, que si bien el legislador con la expedición del decreto 1162 de 2014 incluyó la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro donde los profesionales, también lo es, que tan solo se estableció en cuantía del 30% del valor de la partida que percibían en actividad, configurándose también de esta manera un trato diferenciado que continua vulnerando el derecho a la igualdad de estos trabajadores, por cuanto no existe razón alguna para reconocer a favor de los oficiales y suboficiales esta partida en cuantía diferente a la de los soldados profesionales, razón por la cual precisa el Despacho que también habría lugar a inaplicar la norma en cita, en aras de restablecer los derechos mínimos de los trabajadores y garantizar que su asignación de retiro sea reconocida y cancelada en igualdad de condiciones que los demás miembros de las fuerzas militares a las que pertenecen (...)"⁶.

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN⁷

En síntesis, la parte actora disputa la decisión adoptada por el Despacho de instancia en tanto se desestimó la inclusión del reajuste del 20% del salario básico, en aplicación del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, a fin que se tenga como salario base de liquidación el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Al respecto, indica que el hoy demandante se vinculó como soldado voluntario según lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 y a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba en esa calidad, por lo que adquirió el derecho al incremento del 60% como solicita en su demanda, y no con base en el 40% tal como se dijo en el acto que reconoció a su favor la asignación de retiro.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 21 de marzo de 2019⁸, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 11 de abril de 2019⁹, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión.

⁶ Folio 194 del expediente.

⁷ Folio 90 al 95 del expediente.

⁸ Folio 222 del expediente.

⁹ Folio 225 del expediente.

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 revocada en tanto que la lectura de la norma en aplicación, artículo 16 del decreto 4433 de 2004, conlleva a entender que efectivamente es procedente el incremento solicitado por la parte actor en cuantías del 60% y no del 40% como originalmente se dispuso en el acto de reconocimiento de su asignación de retiro¹⁰.

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 demandante, contra la sentencia del 30 de mayo de 2019.

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 demandante, contra la sentencia fechada 25 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Quinto (5°) 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 en relación con la decisión de no ordenar el reconocimiento del incremento del 20% en el salario básico a la hora de liquidar la asignación de retiro del demandante o si, por el contrario, la normatividad que contiene tal disposición no le resulta aplicable, evento en el cual será lo procedente desestimar los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.3. PRUEBAS

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

El Sr. NESTOR CELY RIVERA se vinculó al servicio de la Fuerza Pública como soldado voluntario desde el 15 de abril de 1996.

El 9 de febrero de 2015, se reconoció y ordenó el pago a su favor de una asignación de retiro.

Inconforme con la liquidación de la misma, elevó una petición a la hoy accionada en el sentido que le fuera reconocida el incremento porcentual de su salario básico y otros emolumentos en el acto de reconocimiento.

El 17 de diciembre de 2015, la hoy demandada desestimó la petición¹¹, el actor interpuso recurso de reposición¹² y el 12 de enero de 2016 se resolvió desfavorablemente el recurso interpuesto¹³.

¹⁰ Folio 242 y siguientes del expediente.

¹¹ Folio 8 del expediente.

¹² Folio 9 a 10 del expediente.

¹³ Folio 11 del expediente.

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

De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, se sabe que el Sr. NESTOR CELY RIVERA prestó sus servicios en el Ejército Nacional por el lapso de 20 años, 6 meses y 8 días.

Se encuentra probado que mediante Resolución No. 1093 del 9 de febrero de 2015, CREMIL le reconoció al señor NESTOR CELY RIVERA 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 y el 30% del subsidio familiar devengados por el demandante.

Al no estar de acuerdo con el monto de la liquidación de su asignación de retiro y advertir que hubo porcentajes que no se tuvieron en cuenta, el actor interpuso una petición en el sentido que su asignación de retiro fuera reliquidada; dicha petición fue desestimada el 17 de diciembre de 2015 y el 12 de enero de 2016 se resolvió desfavorablemente el recurso interpuesto¹⁴ se desestimó el recurso de reposición interpuesto por el hoy demandante contra la decisión inicial.

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 RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS

El artículo 1º de la Ley 131 de 1985, estableció la posibilidad de que quienes hubieren 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

¹⁴ Folio 11 del expediente.

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 las Fuerzas Armadas, 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 fuerza 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 trascritas, 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. Ambito 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 soldados 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 1985,88 esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber 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 200090 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% (...)"¹⁵.

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%).

Así las cosas, entiende la Sala que le asiste razón al demandante cuando advierte que era procedente el reconocimiento del incremento del 20% solicitado con la demanda; ahora bien, no pierde de vista la Sala que el argumento central de la decisión de instancia se refirió a la falta de competencia de CREMIL para resolver dicho asunto, por lo que hace falta también referirse a lo dispuesto en la sentencia de unificación ya referenciada sobre ese tema:

¹⁵ 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.

(...) 226. De acuerdo con lo expuesto, CREMIL tiene legitimación en la causa de hecho y material frente al reajuste del 20% en la asignación de retiro de los soldados profesionales, por las siguientes razones:

(i) Es la entidad que expide el acto por medio del cual se resuelve sobre la petición de reajuste de la asignación de retiro que formuló el interesado y cuya nulidad se demanda.

(ii) En caso de que se emita una sentencia favorable para la parte demandante, la entidad que debe dar cumplimiento a la orden de reliquidación de la prestación es CREMIL, en razón a su función de reconocimiento, liquidación y pago de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

227. En efecto, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento público del orden nacional que se encuentra adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, entidad a la que de conformidad con la Ley 923 de 2004, artículo 3.10, le corresponde la administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sustituciones, cuyas funciones están descritas de manera detallada en el Acuerdo 08 de 2002.

(...)

228. Según las normas transcritas CREMIL tiene la función de reconocer, liquidar y pagar las asignaciones de retiro, en consecuencia, será la entidad obligada a efectuar una reliquidación de dicha prestación.

iii) Conviene aclarar además que el hecho de que la citada entidad realice el aludido reconocimiento con base en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa, entidad nominadora, no implica la imposibilidad de llevar a cabo el reajuste de la prestación de retiro en virtud de una orden impartida por una sentencia judicial. Cosa distinta es que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

(...)

231. En conclusión, 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 (...).

Así entonces, no resultaba procedente declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva con respecto a la pretensión de reconocimiento de la diferencia del 40% al 60% del incremento del salario básico del actor en la liquidación de la asignación de retiro, decisión que habrá de ser revocada.

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

La Sala no condenará en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP¹⁶, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del

¹⁶ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

CPACA¹⁷.

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”¹⁸.

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 el ordinal primero de la sentencia proferida el pasado veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito de Valledupar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

En consecuencia, ORDENAR el reconocimiento en la asignación de retiro del salario mínimo incrementado en un 60% y no en un 40% como se venía haciendo, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: CONFIRMAR en sus demás partes la sentencia proferida el pasado veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito de Valledupar, según lo expuesto en esta providencia.

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

CUARTO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 035.


OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.