



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintisiete (27) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: AQUILEO PEREA SARMIENTO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)
RADICADO: 20-001-33-33-006-2018-00129-01
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 30 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió¹:

“PRIMERO: NEGAR las suplicas de la demanda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, Archívese el expediente.

ESTA DECISION SE NOTIFICA A LAS PARTES EN ESTRADOS (...).”

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES²

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° 2017-73833 de fecha 21 de noviembre de 2017 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, dándole correcta aplicación al artículo 16° del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica e le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.

¹ Folio 82 del expediente

² Folio 16 a 17 del expediente.

La inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

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, de conformidad con lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

Liquidar la asignación de retiro de mi poderdante incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 5° DEL DECRETO 1794 DE 2000, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.8 del decreto 4433 de 2004.

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 (...)”³.

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.

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°2294 de fecha 14 de marzo de 2014, le reconoció asignación de retiro.

Se afirma en el acápite de los hechos que el Sr. AQUÍLEO PEREA SARMIENTO, radicó derecho de petición (Ref. N°20170104602), ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tenga en cuenta la prima de navidad y se liquide la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

³ Folio 16 a 17 del expediente.

⁴ Folio 17 a 18 del expediente.

⁵ Folio 14 y 15 del expediente.

Dicha petición fue desestimada mediante acto administrativo radicado N°2017-73833 con fecha de 21 de noviembre de 2017, el cual es objeto del presente proceso judicial.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto (6°) Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de fecha 30 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) Que CREMIL da al referido artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, una interpretación y aplicación correcta, ya que se tuvo como factores computables el 70% del Salario Mensual (SMLMV+40%), adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad y un 23% de subsidio familiar, tal como consta a folio 9 del expediente, circunstancia que igualmente se refleja en la resolución 3921 del 02 de junio de 2016, por la cual se reconoció la asignación de retiro.

Teniendo en cuenta la naturaleza del derecho a la pensión y siguiendo la orientación jurisprudencial del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, este operador judicial concluye que CREMIL viene liquidando en forma correcta la asignación de retiro del demandante, por lo que se considera que no tiene derecho al reajuste de la misma, en lo relacionado con la aplicación con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004.

Igualmente, concluye el despacho que le asiste razón a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en no tener en cuenta la PRIMA DE NAVIDAD como partida computable en la asignación de retiro de los demandantes, pues, el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 preve como únicas partidas computables para la liquidación de la asignación de los soldados profesionales las correspondientes a Salario Mensual y la prima de antigüedad, adicionado para quienes causaron su derecho con posterioridad al mes de julio de 2004; el subsidio familiar como partida computable en el treinta por ciento (30%) del valor devengado por dicho concepto al momento del retiro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014⁶.

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN⁷

De folio 97 a 99 del expediente, versa el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, donde se argumenta que en la actualidad no se está dando aplicación correcta a la fórmula para liquidar la asignación de retiro, por lo que se debe ordenar a CREMIL reliquidar la asignación de retiro tomando como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%, tomando entonces el 70% de la dicha asignación y adicionándole un 38.5% de la prima de antigüedad.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 31 de noviembre de 2019⁸, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto (6°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

⁶ Folio 82 del expediente.

⁷ Folio 90 al 95 del expediente.

⁸ Folio 108 del expediente.

Por auto del 28 de noviembre de 2019⁹, 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 revocada 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% la prima de antigüedad, con lo cual quedaría afectado doblemente el factor prima de antigüedad al aplicársele inicialmente el 38% y luego el 70%¹⁰.

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 30 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto (6°) 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 medio de la cual se negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro del hoy demandante o si, por el contrario, la misma debe ser confirmada en tanto la aplicación de la fórmula para la liquidación atendió los criterios lógicos y legales aplicables para el caso.

2.3. PRUEBAS

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

El Sr. AQUILEO PEREA SARMIENTO 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.

El Sr. AQUILEO PEREA SARMIENTO, radicó derecho de petición (Ref. N°20170104602), ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tenga en cuenta la prima de navidad y

⁹ Folio 111 del expediente.

¹⁰ Folio 170 al 173 del expediente

se liquide la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Dicha petición fue desestimada y el acto que nació de ello es el demandado en esta oportunidad.

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 AQUILEO PEREA SARMIENTO prestó sus servicios en el Ejército Nacional 20 años, 3 meses y 17 días, conforme a la liquidación de servicios visible al folio mencionado inicialmente.

Se encuentra probado que mediante Resolución No. 3921 del 2 de junio de 2016, CREMIL le reconoció al señor AQUILEO PEREA SARMIENTO 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.

El 21 de noviembre de 2017, con oficio identificado con el consecutivo 2017-73833, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CREMIL, niega la solicitud elevada por el actor¹¹.

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

¹¹ Folio 6 y 7 del expediente.

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 éste 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 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 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. 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 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% (...)"12.

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 una disminución porcentual a la prima de antigüedad —que va incluida en la asignación— en un porcentaje menor al que se debía reconocer.

¹² 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

Así entonces, entonces por determinar lo atinente la fórmula de liquidación de la asignación de retiro. Al respecto, la decisión del Despacho de origen estimó que no existía una vulneración de los derechos del actor en tanto no se demostró que la liquidación de la asignación de retiro del demandante adoleciera de alguna irregularidad.

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 mesada¹³, 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 mensual¹⁴. 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 antigüedad¹⁵.

Sobre el particular, estimó el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del pasado 25 de abril de 2019:

“(…) 232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma 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», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

$(\text{Salario} + \text{prima de antigüedad}) * 70\% = \text{Asignación de Retiro}$

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018

¹³ Asignación de retiro = (salario + prima de antigüedad) / 70%.

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

¹⁵ Asignación de retiro = (salario * 70%) + prima de antigüedad.

proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-600006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38,5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad = Asignación de Retiro

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho¹⁶.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años

¹⁶ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula 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. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 *ejusdem*, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

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

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior (...)¹⁷.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, es evidente que aun cuando el Despacho de origen esgrimió argumentos similares a los precedentes, arribó a una conclusión que ha de ser revocada, según lo que se pasa a explicar:

Del acto de reconocimiento de la asignación de retiro y la certificación de partidas computables obrante a folio 9 del plenario, se desprende que la asignación mensual básica que resultaba computable para efectos de la asignación de retiro del actor ascendía a \$1.032.804, por lo que se sabe que CREMIL afectó doblemente al porcentaje reconocido de la prima de antigüedad, según se pasa a explicar en el siguiente cuadro:

FORMA EN QUE LIQUIDÓ CREMIL	FORMA EN QUE SE DEBIÓ LIQUIDAR
Asignación Mensual: \$1.032.804	Asignación Mensual: \$1.032.804
70% Asig. Mensual: \$722.963	70% Asig Mensual: \$722.963
Prima Antigüedad: \$278.341	Prima Antigüedad: \$397.629
Subsidio Familiar: \$193.651	Subsidio Familiar: \$193.651
Total: \$1.194.955	Total: 1.314.243

Así las cosas, es evidente que en la liquidación contenida en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro, se tuvo como valor de la prima de antigüedad el 38.5% del valor extraído de la asignación básica mensual, esto es, del 70% de dicho emolumento, cuando el porcentaje de la prima de antigüedad debió proceder del valor total de la asignación mensual, provocando la diferencia en valores que hoy se apunta.

Por lo anterior, estima la Sala que el acto demandado ha de ser anulado parcialmente en tanto desconoce un porcentaje de la asignación de retiro del actor,

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

causando un detrimento a su ingreso, por lo que se ordenará que se reliquide dicha prestación, de conformidad con la formula expuesta en líneas pasadas.

Por lo anterior, se revocará la sentencia apelada.

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 CGP¹⁸, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA¹⁹.

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”²⁰.

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,

F A L L A:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el pasado treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto (6º) Administrativo del Circuito de Valledupar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

En consecuencia, ANULAR el oficio No. 2017-73833 de 21 de noviembre de 2017, por medio del cual se negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro del Sr. AQUILEO PEREZ SARMIENTO, según las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: ORDENAR a la accionada, reliquidar la asignación de retiro del Sr. AQUILEO PEREA SARMIENTO (CC: 7.718.659), de conformidad con la formula expuesta en las consideraciones de esta providencia.

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

CUARTO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Sexto (6º)

¹⁸ “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: (...)

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

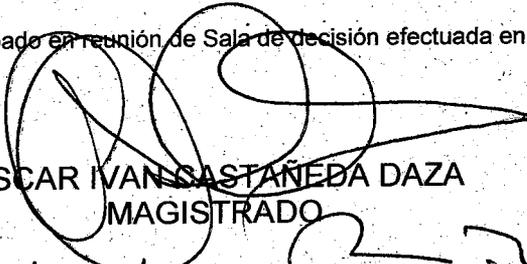
¹⁹ Art. 188: Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

²⁰ 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.

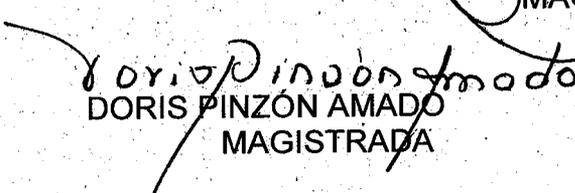
Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 029.



OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO



DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA



CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO