



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO:	70-001-33-33-001-2016-00084-01
DEMANDANTE:	FREDIS NEIS ÁLVAREZ PÉREZ
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 29 de marzo de 2017¹ por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, por la cual accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA².

Pretende la parte demandante lo siguiente:

1.1.2. Que se declare la nulidad del acto administrativo N° 2015-66838 de fecha 17 de septiembre de 2015 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la liquidación de la asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mínimo de conformidad al régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero (1 °) del decreto 1794 de 2000 y la reliquidación 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 se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad, para que, i) liquide la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso

¹ Sentencia dictada en audiencia inicial.

² Folios 11 a 44 cuaderno de primera instancia.

segundo del artículo primero (1o) del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, salario mínimo incrementado en un 60 % del mismo salario, y **ii)** liquide la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5 de la prima de antigüedad.

- 1.3. Que en virtud a las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitada en los numerales anteriores.
- 1.4. Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento 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.
- 1.5. Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).
- 1.6. Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.

Como **fundamentos fácticos**, resume la Sala los siguientes:

Señala que, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985 se incorporó como soldado voluntario.

Que a partir del 01 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.

Asegura que, 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° 3220 de fecha 20 de abril de 2014 le reconoció su asignación de retiro.

Sostiene que, el 3 de agosto de 2015, radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000.

Asegura que, el 17 de septiembre de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dio respuesta a la petición, mediante acto administrativo con Rad. N° 2015-66838, negando lo solicitado en el derecho de petición, agotándose así la actuación administrativa.

1.3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 29 de abril de 2016 (fol.44 y 46).
- Admisión de la demanda: 08 de julio de 2016 (fol. 48).
- Notificación a las partes: 11 de julio de 2016 (fol. 49 y ss).
- Contestación de la demanda: 18 de octubre del 2016 (fol. 59 a 63).
- Audiencia inicial-sentencia: 29 de marzo de 2017 (fol.106 a 114).
- Recurso de apelación: 17 de abril de 2017 (fol. 133 a 137)
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 27 de junio del 2017 (fol.154-155)

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó la contestación de la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones aludidas por la parte actora, aceptando lo hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, y negando los restantes, sustentado para ello, la carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar como una partida computable para liquidar su asignación de retiro. Al tiempo que propuso las siguientes excepciones:

- i) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.** Afirma que la entidad ha actuado con apego al ordenamiento jurídico motivo suficiente para que se infiera que el acto acusado está desprovisto de cualquier motivación ajena a la realidad legal.
- i) No configuración de violación al derecho a la igualdad.** Justifica esta excepción diciendo que no se ha vulnerado tal derecho constitucional, pues,

³ Folios 59 a 63 C.Ppal.

fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, por lo que sí el accionante tiene reproches contra las normativas que sirvieron de sustento para el reconocimiento de la asignación de retiro, deberá atacarlas judicialmente cuyo resultado tenga un directriz y efecto directo a esa entidad demandada, pues ésta tiene proscrita la facultad de realizar interpretaciones a las normas prestacionales de estos servidores del Estado.

- ii) **Inexistencia del fundamento en cuanto al reajuste solicitado.** Advierte que la Caja de Retiro debe regirse por la normatividad vigente, sin omitir preceptos y sin darle un alcance diferente al establecido por el legislador y hoja de servicios, máxime cuando la norma no reviste motivos de duda que generen los métodos de interpretación de la ley y diferentes al gramatical.
- iii) **Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro.** La fundamenta, bajo el entendido, que la liquidación de la asignación de retiro del actor, se realizó atendiendo a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, salario básico=SMLMV (100%) + (incremento en un 40%) = 140%. (asignación de retiro: 70%= sueldo básico+38.50% de prima de antigüedad). Por lo que, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5 de la prima de antigüedad.
- iv) **No configuración de la falsa motivación.** Expone que cada una de las actuaciones se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las fuerzas militares, en consecuencia estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falsa motivación.
- v) **No configuración de causal de nulidad.** Explica que, no se configura ninguna causal de nulidad en la expedición de los actos administrativos, pues cada actuación se ajustó a las normas vigentes aplicables a los miembros de las fuerzas militares.

1.5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

El Juez de primera instancia, concedió las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte demandada. Para el efecto, consideró que en relación con el procedimiento

⁴ Fols. 106 a 114 C.Ppal.

y forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados o infantes de marina profesionales, dispuesta por el Decreto 4433 de 2004, así las cosas, la liquidación efectuada a la asignación de retiro del demandante, no se ajusta a las prescripciones normativas del caso, que para tal efecto es, teniéndose en cuenta el 70% del valor resultante de la asignación mensual del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 (60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad

Igualmente argumentó, que según la hoja de servicios del Infante profesional ® Fredis Neis Álvarez Pérez, se podía establecer, que ingresó al servicio militar obligatorio el 10 de noviembre de 1992, pasando luego a convertirse en Soldado voluntario de las Fuerzas Armadas (Infante voluntario desde el 25 de abril de 1995) y finalmente, accediendo al empleo de infante de marina profesional (14 de agosto de 2003), de conformidad con el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, el demandante tiene derecho a que se liquide su asignación de retiro, bajo la égida del 60% antes mencionado.

Por último consideró, que la demandada incurrió en error en el cálculo del valor de la asignación de retiro, al aplicar la formula en contravía de lo indicado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ya que tal como se expone en el informe expedido por la Directora Jurídica y el Director de Desarrollo Organizacional, documento presentado por la parte demandada, se señala de forma clara y expresa la fórmula que debe tener en cuenta la Caja de Retiro para liquidar la asignación de retiro de los soldados (folio 92), observándose en la misma un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 100% del sueldo básico y se adiciona 38.5% sobre este rubro y al total se le aplica el 70%, es decir, que a la prima de antigüedad se le aplicó un doble porcentaje, primero el 38.5% y luego el 70%.

1.6. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵.

La parte demandada inconforme con la sentencia de primera instancia presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, reiterando los argumentos expuestos dentro de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, al tiempo que agrega que:

“(SIC)... EXISTE UNA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO CON EL SMLMV MÁS EL 60%:

El apoderado del demandante solicita condenar a CREMIL a liquidar la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el Inciso 2 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario.

⁵ Fls. 133 a 137 C.Ppal.

Sobre este particular, el Consejo de Estado planteó el problema jurídico consistente en determinar "si al ser incorporados como soldados profesionales, el salario básico de quienes venían como soldados voluntarios, debe fijarse en un mínimo incrementado en un 40%, en aplicación del inciso 1 de la norma en cita, o en un 60%, de acuerdo con lo dispuesto (en) su inciso 2"

Así, mediante Sentencia de Unificación CE-SUJ2 850013333002 20130060 01 del 25 de Agosto de 2016, Consejo de Estado; Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez; Demandante: Benicio Antonio Cruz; Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Fuerzas Militares de Colombia-Ejército Nacional, aclarada mediante la Sentencia Aclaratoria del 6 de Octubre de 2016, esa corporación unificó la jurisprudencia sobre esta problemática, y sin haber vinculado a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, decidió que con fundamento en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%.

(..)

En este sentido, aunque la posición actual del Consejo de Estado es que a los señores Soldados Profesionales e Infantes de Marina debe incrementársele el salario mínimo en un 60%, también es cierto que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debido a que la reclamación del reajuste salarial debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional, por ser la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública y, consiguientemente, ser la entidad que expide la Hoja de Servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Así mismo, mediante Fallo de Tutela Radicación 11001-03-15-000-2015-00380-00 (AC). Consejo de Estado Magistrado Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, y la Sentencia 2016-00989-00: Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B: Magistrado Ponente: William Hernández Gómez; Actor: Javier Barón Berrio, esa Corporación también argumentó falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto a la problemática del incremento del 40% al 60 % del SMLMV de los señores Soldados Profesionales e Infantes de Marina.

En este contexto, resulta forzoso concluir que, si bien es cierto mediante sentencia del 25 de Agosto de 2016, el Consejo de Estado unificó jurisprudencia sobre esta problemática, también lo es que se trató de un caso contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, fallo que fue aclarado, se reitera, mediante pronunciamiento del 6 de Octubre de 2016, sin haber vinculado en esta problemática a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En este orden de ideas, es importante destacar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un Establecimiento Público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento, basada en la Hoja de Servicios que expide el Ministerio de Defensa.

En otras palabras, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares v el Ministerio de Defensa son entidades completamente diferentes pues mientras que aquella es un establecimiento Público, descentralizado, con personería jurídica y con autonomía administrativa y financiera, este último es un órgano del sector central que se limita a ejercer un control de tutela sobre aquella. Así, y por la diversa naturaleza jurídica entre ambas entidades, se evidencia una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, frente a la problemática del reajuste de los señores Soldados Profesionales e Infantes de Marina con el SMLMV más el 60%.

(..)

Siguiendo la uniformidad v secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esta entidad.

Así lo indicó igualmente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "C" sentencia del 20 de Septiembre de 2013 proceso referencia No. 11001333503020120008601 Demandante: EDGAR ORLANDO MORA ACOSTA, Demandado: CREMIL, MP. AMPARO OVIEDO PINTO:

"Significa lo anterior, que los aportes sobre la prima de antigüedad para quienes están a tiempo de obtenerla asignación de retiro y durante los últimos 11 años, se hará sobre el 38.5% y este porcentaje es parte de la base de liquidación, mas no corresponde en su totalidad para liquidar el monto de la asignación.

Y en cuanto al monto a la cuantía de la asignación de retiro, el artículo 16 dispuso (...)

Es decir que el monto de la asignación, es la proporción de la asignación y al leer con detenimiento la citada disposición se aprecia que dicho monto o cuantía de la asignación de retiro, es el setenta por ciento (70) de la base de liquidación. Que es la suma de los factores salariales a tener en cuenta en la asignación de retiro, o sea que sumados los dos factores base de liquidación: salario incrementado en el 40%. Mas el 38.5% de la prima de antigüedad, se liquidará el 70%. Tal como lo hizo la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a folio 13 del expediente, en un sano entendimiento de las disposiciones leídas", (s.f.t.)

EN CUANTO A LAS COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO

El Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA - Ley 1437 de 2011) establece respecto a la condena en costas lo siguiente:

"Artículo 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." (Actual Código General del Proceso) (Subrayados fuera del texto original).

A su turno, los incisos 5 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso facultan al juez para decidir sobre las costas, señalando textualmente lo siguiente:

"Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial. Expresando los fundamentos de su decisión.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación." (Subrayados fuera del texto original).

La jurisprudencia ha definido las costas procesales como aquellos gastos que se deben sufragar en el trámite de un proceso y éstas se componen de expensas y agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, entre otras, mientras que las agencias en derecho, sí corresponden a los gastos u honorarios del abogado, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de octubre de 2001, Exp. 12425).

Por consiguiente, en materia de lo Contencioso Administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación"

Bajo los anteriores argumentos, solicitó, se revoque la sentencia de primera instancia

1.7. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

El conocimiento del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia le correspondió a este despacho por reparto de fecha 06 de julio de 2017⁶. Y fue puesta en conocimiento del despacho el 26 de julio de 2017⁷. Se admitió el recurso presentado por la parte demandada mediante auto de fecha 14 de agosto de 2017⁸.

Mediante auto de fecha 31 de agosto de 2017⁹, se corrió traslado para alegar de conclusión y concepto del Ministerio Público, oportunidad procesal en la cual, solo se pronunció la parte demandante mediante escrito de fecha 14 de septiembre del 2017, reiterando lo expuesto en la presentación de la demanda, agregando como sustento, una sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de fecha 11 de diciembre de 2014¹⁰.

El **Ministerio Público** no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, entra el Tribunal a dilucidar si *¿Conforme a las normas que regulan la materia, cuál es la fórmula que se debe tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de un ex Infante de Marina Profesional de las Fuerzas Militares?*

Como un planteamiento subsidiario, se cuestiona la Sala, *¿En el proceso contencioso administrativo regulado por la Ley 1437 de 2011, el régimen de las costas es subjetivo?*

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas:

⁶ Folio 2. Cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 3 C/Apelación.

⁸ Folio 4 ibídem C. Segunda instancia.

⁹ Folio 8. C segunda Instancia.

¹⁰ Folios 11 a 19 del cuaderno de segunda instancia. Conforme nota Secretarial obrante a folio 34 la entidad demandada no presentó alegatos en este etapa.

i) Del Régimen salarial y prestacional de los Infantes de Marina Voluntarios que posteriormente se convirtieron en Infantes de Marina Profesionales, ii) La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación; iii) Las costas en el proceso contencioso administrativo y iv) El caso concreto.

I. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS INFANTES DE MARINA VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE SE CONVIRTIERON EN INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.

En primer lugar, téngase en cuenta que, actualmente, bajo la normatividad que rige a las Fuerzas Militares, la figura del Soldado Voluntario desapareció bajo la denominación unificada de Soldado Profesional; no obstante, el caso en cuestión exige que se analice las diferencias que en su momento existieron al respecto. Para ello, nada mejor que citar lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 2009, Exp. No. 2311-08, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, donde se consideró:

“Soldado Voluntario: mediante la Ley 131 de 1985, se estableció el servicio militar voluntario, para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifieste el deseo de prestar el servicio militar voluntario.

Soldado Profesional: de conformidad con el artículo 1° del Decreto Ley 1793 de 2000, 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”.

Como bien puede apreciarse los dos conceptos anteriores son diferentes, el soldado voluntario surge del deseo de este de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio. En cambio el soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio.”

Ahora, en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política, el constituyente atribuyó al Congreso la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, razón por lo que se expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1º dispuso la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, reiterando así lo dispuesto por el artículo 189, numeral 11 superior -facultad reglamentaria general-. Cabe destacar, que en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, el legislador impuso una limitante al Gobierno Nacional en su labor reglamentaria, relacionada con los derechos adquiridos y el desmejoramiento de salarios y prestaciones. Esta última norma es del siguiente tenor:

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

Por otro lado, en lo que respecta a los soldados voluntarios, mediante la Ley 131 de 1985 se expidieron normas relacionadas con la prestación del servicio militar obligatorio. En el artículo 4º de dicha norma se dispuso lo relacionado con la remuneración percibida por los Soldados Voluntarios, así:

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

Esta norma, además de vincular a un tipo de soldados, también le estableció una remuneración, por lo que no puede desconocerse el derecho adquirido que frente a dicha prestación periódica habían adquirido, más cuando la misma es reiterada con posterioridad, ya con la naturaleza salarial, mediante el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la vinculación de Soldados Profesionales. La norma señala:

“Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”

De acuerdo con lo anterior, si bien en la Ley 131 de 1985 se dispuso para los Soldados Voluntarios una Bonificación, no es menos cierto que mediante el Decreto 1794 de 2000, al crearse el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se le confirió la denominación de salario, garantizando con ello un derecho adquirido de los Soldados Voluntarios, condicionado únicamente a que al 31 de diciembre de 2000 ostentara dicha calidad.

Así pues, en cabeza de los antes denominados Soldados Voluntarios, existía y hoy existe aún, el derecho que se configuró bajo el imperio de una ley vigente –Ley 131 de 1985-, y posteriormente, mediante Decreto Reglamentario, se reiteró su naturaleza salarial – Decreto 1794 de 2000-; de modo que, el hecho que los Soldados Voluntarios hayan hecho tránsito a Soldados Profesionales, sea voluntariamente o no, no los excluye ni los exceptúa del derecho de ver incrementado su salario en un porcentaje del 60% de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Los derechos adquiridos en materia laboral, deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e interpretación más ventajosa o

benéfica para el servidor público que opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas, en beneficio de la parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

De modo que, una interpretación correcta de la norma, acoge la posición de que el salario mensual del Soldado Profesional, que inicialmente tuvo el carácter de Soldado Voluntario, esto es, para el 31 de diciembre de 2000, equivale al salario mínimo legal mensual vigente para cada año, incrementado en un 60%, pues así se deduce del análisis de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, artículo 1º y parágrafo del artículo 2º del Decreto 1794 de 2000.

En aras de unificar jurisprudencia en el asunto en cuestión, el H. Consejo de Estado reiteró el criterio antes mencionado en sentencia del 25 de agosto de 2016, M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en donde se consideró:

“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 2000,¹¹ 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 1985,¹² 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 1985,¹³ 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.

(...)

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 2000¹⁴ 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%.

(...)

Reglas jurisprudenciales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste

¹¹ Ib.

¹² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹³ Ib.

¹⁴ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:
(...)

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁵ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹⁶ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.¹⁷

II. LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, SU RECONOCIMIENTO Y FORMA DE LIQUIDACIÓN.

El Legislador, a través de la expedición de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Es así como en el artículo 2º de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

*“Artículo 2º. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:*

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

¹⁵ Ib.

¹⁶ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Exp. No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015), M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal". (Resalta la Sala)

Como desarrollo de la Ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

El decreto en mención, específicamente en el artículo 3º, se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados sentados por el constituyente derivado en la Ley 923 de 2004, veamos:

"Artículo 3º. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad".

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, deben estar imbuidas por los principios reseñados ut supra, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad¹⁸, y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera puntual a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables; el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16, estipuló:

*"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La **asignación de retiro**, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

¹⁸Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

(...)

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". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En orden de lo expuesto, para el caso específico de los soldados profesionales, las partidas computables para la asignación de retiro son: 1) Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, esto es, el conformado por un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario; y 2) Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

Así entonces, vemos como para los miembros de las Fuerzas Militares que ostentan la calidad de soldados profesionales, se les liquida la asignación de retiro con base en un salario mensual más el 40% del mismo, obviándose con ello, lo consagrado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000¹⁹; aunado que a los mismos no se les incluye como partida computable, el subsidio familiar, a contrario sensu, de lo que acontece con los oficiales y suboficiales pertenecientes a las mismas fuerzas del orden.

III. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y DE IGUALDAD MATERIAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991:

En Colombia a partir del año 1991, con la entrada en vigencia de un nuevo orden constitucional, se consignó en el artículo primero de nuestra carta magna, el concepto de *Estado Social de Derecho*, con el cual se persigue la consecución de la justicia social

¹⁹ "Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)".

y la dignidad humana a través del sometimiento de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales.

Dentro del abanico de principios y garantías constitucionales se destaca el de favorabilidad en materia laboral, señalado en el artículo 53 de la C.P., cuando se expone que en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho ha de estarse a la situación que sea más favorables al trabajador; garantía o mandato desarrollado por la H. CORTE CONSTITUCIONAL, de la siguiente manera:

“El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”.

Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha dicho esta corporación que para la aplicación de la favorabilidad, deben presentarse, además, dos elementos a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.”²⁰

Y sobre el cual, en punto de su aplicación en la determinación del régimen pensional de los miembros de las Fuerza Pública, la sentencia T-894 del 11 de noviembre de 2010, esbozó:

“4.1. El derecho a la pensión especial es de carácter constitucional, como quiera que emana directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, pues “nace y se consolida ligado a una relación laboral”, además de su inmanente conexión con la dignidad humana y la vida misma.

4.2. La Ley 100 de 1993 es el núcleo temático de la seguridad social, aplicable para todos los individuos del territorio nacional, salvo las excepciones mencionadas en dicha ley, las cuales se encuentran consagradas en su artículo 279, donde se indica que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e) y 217 de la Constitución Política, en los cuales estableció que la Ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan.

La Jurisprudencia de esta corporación ha precisado que cuando se hace referencia a la expresión régimen prestacional, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud.

4.3. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta, también es posible considerar, la aplicación

²⁰ T-545 de mayo 28 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-090 de febrero 17 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

de la normatividad que más favorezca al trabajador, “...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”, se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador.

....²¹

Pues bien, decantadas las particularidades del Principio de Favorabilidad y su aplicabilidad en el régimen pensional de las Fuerzas Militares, se adentra este Cuerpo Colegiado a estudiar el contenido del Principio de igualdad material.; para lo anterior, considera menester esta Sala de Decisión citar un aparte de la Sentencia C-229 de 2011²²:

“3.1 El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.

No obstante, el anterior enunciado puede presentar variables que por sí mismas no hacen que una norma sea discriminatoria. Así, el legislador puede dar un trato distinto a personas que, respecto de un cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales. Así mismo, la igualdad no excluye la posibilidad de que se procure un tratamiento diferente para sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique.

De este modo, no existe trato discriminatorio cuando el legislador otorga un tratamiento diferente a situaciones que, en principio, podrían ser catalogadas como iguales, si tal igualdad sólo es aparente o si existe una razón objetiva y razonable que justifique el trato divergente. De la misma manera, nada se opone a que el legislador prodigue un tratamiento idéntico a situaciones aparentemente distintas, pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad.

Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad.

3.2 Sobre este punto se ha pronunciado en múltiples oportunidades esta corporación. Desde sus inicios manifestó al respecto:

“El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes”.

²¹ Sentencia C-168 de abril 20 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²² Referencia: expediente D-8266 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 96 (parcial) del Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares”. Actor: Martín Edgardo Aponte Castellanos. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011)

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática”.

3.3 Para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido como metodología válida la realización de un juicio de igualdad. Dicho juicio implica establecer cuáles son las situaciones o supuestos susceptibles de comparación con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo diferente que amerite un trato divergente. Una vez hecho lo anterior, hay que verificar si ese tratamiento obedece o no a criterios objetivos, razonables, proporcionados y que resulten acordes con una finalidad constitucional legítima. En últimas, lo que hay que establecer es si la norma objeto de control constitucional regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable. Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual.

3.4. En lo que concierne a regímenes especiales, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que su existencia, per se, no desconoce el principio de igualdad. Tales regímenes responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social y su objetivo reside en la “protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”²³. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinara su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P.).”.

Así entonces, tenemos que el principio de igualdad material, se fundamenta en un axioma jurídico: *tratar igual a lo iguales y desigual a los desiguales*, esto no es más que, plantear una desigualdad formal para efectos de alcanzar la igualdad material.

Amén de lo anterior, tal y como se expone en el texto de la sentencia citada *ut supra*, cabe la posibilidad que el Legislador disponga realizar un tratamiento desigual respecto de *sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis*, siempre y cuando medie una razón objetiva, suficiente y clara que justifique o ampare tal trato desemejante.

IV. LAS COSTAS EN EL RÉGIMEN PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REGULADO POR LA LEY 1437 DE 2011.

Las costas en los procesos civiles y contencioso administrativos, entendidos como gastos procesales, es decir, como la asunción del valor de algunos actos procesales por las partes (notificaciones, honorarios de los auxiliares de la justicia, gastos procesales fijados al inicio del proceso, artículo 171 numeral 4 del C.P.A.C.A.) son claramente una carga procesal, de cuyo incumplimiento se puede derivar consecuencias procesales negativas, como por ejemplo la parálisis del proceso, el desistimiento tácito de la demanda (artículo 178 *ibídem*), etc.

²³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Por otra parte, las costas ya entendidas como el costo que deben asumir las partes por el hecho de iniciar o resistir un proceso, para lo cual deben no solo cubrir los gastos procesales como cargas antes enunciados, sino que deben asumir el valor de la representación judicial que necesariamente debe estar presente en los procesos contencioso administrativos en donde se introducen pretensiones subjetivas (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales) a través de abogado titulado e inscrito (artículos 24 y 25 del Decreto 196 de 1971), conocido este rubro como agencias en derecho, son valores que se impone cubrir para el ejercicio adecuado del derecho de acción o de contradicción, claramente son una obligación procesal que debe ser asumida en principio por quien ejerce el derecho, valga reiterar, de acción o contradicción, y que se queda como obligación procesal asumida por cada parte o se convierte en derecho a favor de una de ellas, de acuerdo a la regulación legal que el legislador consagre con relación a la condena en costas.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, a diferencia del Código Contencioso Administrativo, se inclina igualmente por la teoría objetiva al remitir de forma directa en el tema de las costas la regulación adjetiva civil, es decir, el artículo 188 del C.P.A.C.A²⁴. debe interpretarse en concordancia con el artículo 392 del C.P.C., ya citado, por lo que claramente en este punto el proceso contencioso administrativo sufre una importante modificación al pasar del régimen subjetivo (artículo 171 del C.C.A. en su redacción modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) en donde la condena estaba sujeta a la valoración que el juzgador realizará de la conducta procesal del vencido, a uno objetivo en donde quien pierde el proceso asume de forma automática la condena por este concepto. En igual sentido regula la costas el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366, normativa aplicable a esta jurisdicción a partir del 1 de enero de 2014, tal como lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso del H. CONSEJO DE ESTADO²⁵.

El Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 1300123330000130002201 (12912014), sobre la condena en costas en los procesos regulados por la Ley 1437 de 2011, señaló:

²⁴ **ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

²⁵ Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 25 de junio de 2014. Radicación: 25000233600020120039501 (IJ). Número interno: 49.299. Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A. Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. Referencia: Recurso de Queja.

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”*

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, es claro para esta Corporación que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011 adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello, circunstancia que tampoco ha de advertirse en la fijación de las agencias en derecho, dado que para esto último se tiene en cuenta los criterios señalados en el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

V. ANALISIS DE REPAROS EN EL CASO CONCRETO.

Al unísono con el acopio probatorio recabado en el expediente, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 4-15703382 (folio 7) se acreditó que el señor FREDIS NEIS ÁLVAREZ PÉREZ, ingresó a las Fuerzas Militares– Ejército Nacional, como soldado regular, desde el 10 de noviembre de 1992 al 02 de marzo de 1994 luego, continuó prestando sus servicios en la Armada Nacional en calidad de Soldado Voluntario del 25 de abril de 1995 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 al 20 de enero de 2014; luego gozó de tres meses de alta, desde el 20 de enero de 2014 hasta el 20 de abril de 2014, fecha en la que se retiró del servicio.
- Mediante Resolución No. 3220 del 02 de abril de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor FREDIS NEIS ÁLVAREZ PÉREZ, en cuantía del 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, en los términos del inciso 1º, artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad, efectiva a partir del 20 de abril de 2014²⁶

Ahora bien, de acuerdo a lo acreditado en el plenario, se evidenció que el señor ÁLVAREZ PÉREZ, tuvo la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, razón por lo que adquirió el derecho a devengar una asignación básica equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, conforme lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por lo que era ésta la asignación básica que había de tomarse para la liquidación de su asignación de retiro, como puntualmente lo manifestó el A quo.

En concordancia con lo señalado en los acápites normativos y jurisprudenciales, se reitera que, el paso de soldado voluntario a soldado profesional no puede implicar un desmejoramiento salarial, como tampoco se pueden vulnerar los derechos adquiridos, de modo que, al momento de liquidar la asignación de retiro, la entidad demandada ha debido tener en cuenta la condición salarial excepcional del demandante, puesto que corresponde a un derecho adquirido.

Entonces, para efectos de dar respuesta a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, reitera la Sala que la asignación básica a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro del señor Moncayo Liscano equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, puesto que al tener la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, le es aplicable lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

²⁶ Folios 8 y 9 cuaderno de primera instancia.

Por su parte, cabe precisar que haciendo una lectura integral al artículo 16 del Decreto 4433 de 2011, dentro de un contexto que brinda el principio de favorabilidad en materia prestacional, se infiere que CREMIL utiliza una formula errada en la liquidación de la asignación de retiro, en la medida que el porcentaje del 70% debe extraerse del salario base de liquidación (asignación mensual) y no de la sumatoria de éste y el 38% de la prima de antigüedad, pues la normativa taxativamente prevé que el emolumento que se afecta por este porcentaje es la asignación básica, de manera que al efectuar la liquidación como lo viene haciendo la entidad en comento se afectaría otra erogación como es la prima de antigüedad.

Finalmente y acorde con las premisas delimitadas en acápites previos, en lo que hace relación a la condena en costas decretada por el *A quo*, si bien el numeral 5 del artículo 365 del CGP dispone que cuando la demanda prospere parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, lo cierto es que ello no implica una imposición o un deber automático, dado que la norma solo prevé la posibilidad para que el Juez, bajo su *arbitrio*, disponga abstenerse de condenar en costas o hacerlo de forma parcial, cuando no prosperen todas las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, la Sala no encuentra ajustado modificar la condena en costas impuesta por el *A quo*.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada.

- **CON RELACIÓN A LA CONDENAS EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante, y a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo – Sucre el 29 de marzo de 2017, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor del demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 023

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA