



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2015-00018-01
ACTOR: HUVERLEY CAÑÓN ESCOBAR
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se concedió parcialmente las súplicas.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **HUVERLEY CAÑÓN ESCOBAR**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”**, con el fin que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Oficio No. 41880 de agosto 6 de 2013, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del incremento del s.m.l.m.v., del 40% al 60%, por indebida aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; ii) Oficio No. 45487 de agosto 22 de 2013, por el cual se negó el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de navidad en la

¹ Folio 11, cuaderno de primera instancia.

asignación de retiro, de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, artículo 13.1.8.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor, se condene a CREMIL al reconocimiento y pago de los dineros indexados, junto con los intereses legales, desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro, hasta la fecha de la actualización del pago total de la obligación de los anteriores conceptos.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó el actor, que ingresó a laborar al Ejército Nacional en condición de Soldado Regular, y su vinculación estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985; a partir del 1º de noviembre de 2003, por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente, por el Decreto 4433 de 2004.

Manifestó, que estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de veinte (20) años, siéndole reconocida, mediante Resolución N° 4913 de 10 de octubre de 2011, asignación de retiro a cargo de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL".

La liquidación de la asignación de retiro, fue efectuada con base en un salario mínimo mensual legal vigente, más el 40%. No obstante, consideró el actor, que la asignación mensual se debía liquidar con base en el s.m.m.l.v, más el 60%; por lo que decidió elevar solicitud de reliquidación de su asignación de retiro, la cual fue resuelta de manera negativa, mediante Oficio No. 41880 de agosto 6 de 2013.

Así mismo, afirmó el actor, que en la resolución que liquidó su asignación de retiro, no le fue incluido la duodécima parte de la prima de navidad, de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, artículo 13.1.8., por lo que mediante petición radicada el 26 de julio de 2013, solicitó a CREMIL, su

² folios 10 – 11, cuaderno de primera instancia.

reconocimiento y pago, pero le fue negada por Oficio No. 45487 de agosto 22 de 2013.

Como **soportes jurídicos** de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29 y 53; Ley 4 de 1992 -artículo 10; Ley 131 de 1985; Decreto 4433 de 2004; Decreto 1793 y 1794 de 2000.

Argumentó al respecto, que las normas de carácter constitucional, son vulneradas de manera flagrante, al efectuarse una liquidación equivocada de la asignación de retiro, donde se desconoce el derecho a devengar, una pensión justa y acorde con las previsiones legales.

En cuanto los fundamentos de ley, la parte actora, centra sus aseveraciones, en la construcción de dos cargos a proveer, que son:

i). Reajuste, por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se esta tomando el salario mínimo legal vigente, incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece, que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual, se debe liquidar con base en el salario mínimo legal incrementado en un 60%.

ii). Reajuste de la asignación de retiro, por falta de inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

1.3. Contestación de la demanda³.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a través de apoderado judicial, ejerció su derecho de contradicción, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

³ Folios 38 - 41, cuaderno de primera instancia.

Frente a los hechos señaló, que se oponía a los narrados en los numerales 1 a 4, toda vez, que se traducían a hechos ocurridos en servicio activo del militar, los cuales debían ser probados. Respecto a los señalados en los numerales 5 a 7, indicó que se aceptaban parcialmente solo en lo relacionado con el reconocimiento de la asignación de retiro y el porcentaje de la liquidación, los demás argumentos constituían apreciaciones subjetivas del actor. Sobre los hechos 8 y 9, anotó que se aceptaban en lo relacionado con la conclusión del procedimiento administrativo, petición y contestación. De los hechos 10 a 15, manifestó que se oponía a ellos, ya que la asignación de retiro del demandante, se reconoció y liquidó conforme a la normatividad legal aplicable al momento de su retiro, porcentajes y partidas, ajustadas a derecho.

En las razones de la defensa manifestó, que su actuación fue en apego de la ley, donde los actos administrativos acusados, se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las súplicas de la demanda.

Presentó como excepciones, la legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste solicitado; inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la prima de navidad en la asignación de retiro del soldado profesional; y no configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL.

En cuanto a las costas y agencias en Derecho, señaló que en los procesos declarativos, el juez debía verificar la buena o mala fe desplegada por la parte vencida y así lo tenía entendido la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado.

Por consiguiente, indicó que en materia de lo contencioso administrativo, la condena en costas no se regía por un concepto objetivo, sino que exigía del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no bastaba, entonces, simplemente, que la parte fuera vencida, sino que

debía realizarse una valoración de las conductas desplegadas; en ese sentido, se podía evidenciar que CREMIL, no había realizado actos dilatorios, temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida el 29 de marzo de 2016, declaró la nulidad del acto administrativo No. 41880 de agosto 6 de 2013, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor de un 40% a un 60%; y en consecuencia, condenó a CREMIL a reconocer a favor del señor Huverley Cañón Escobar, la suma de \$7.065.813, desde cuando se causó el derecho, con su interés moratorio y debidamente indexada la suma de condena.

Negó las restantes súplicas de la demanda.

Fundamentó el A-quo, que en cuanto a la pretensión del reajuste y reconocimiento del incremento del salario mínimo del 40% al 60%, estaba probado que el actor, a fecha de 31 de diciembre del año 2000, se encontraba prestando sus servicios como soldado voluntario, desde el año 1992, hasta el año 2003, por lo tanto, tal como lo establecía el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, tenía derecho a que su asignación salarial, correspondiera a un salario mínimo incrementado en un 60%.

En cuanto a la pretensión de declarar la nulidad del acto administrativo No. 45487, de agosto 22 de 2013, mediante el cual se negó el reconocimiento, pago e inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en su asignación de retiro, consideró la juez, que dicha pretensión no estaba llamada a prosperar, teniendo en cuenta que la norma contenida en el artículo 13 del decreto 4433 de 2004, no incluía dentro de las partidas computables, para el rango de soldados profesionales dicha

⁴ Folios 106 - 111, del cuaderno de primera instancia.

prima, que solo la incluía para quienes ostentaran el rango de oficiales y suboficiales.

Indicó, que bien se podría hacer un juicio de constitucionalidad de la norma en comento, al hacer un análisis del juicio de proporcionalidad e igualdad, tal como lo hizo este Tribunal al inaplicar por inconstitucional el parágrafo 13 del Decreto 4433 de 2004 y reconocer el subsidio familiar a un soldado profesional; sin embargo, no obraba dentro del expediente, prueba alguna de que el demandante la hubiera devengado.

1.5.- Los recursos.

- **CREMIL**⁵, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación, con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se nieguen todas las pretensiones de la demanda.

Sostuvo, que para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro se debía tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que menciona el incremento del salario en un 40%, pues, debía hacerse una interpretación integra de la normatividad, ya que indudablemente con la expedición del Decreto 1794 de 2000, se mejoraron las condiciones salariales y prestacionales de los soldados profesionales, por lo que no podía indicarse que existía una disminución salarial del 20%.

Resaltó, que la entidad tenía como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales; por lo cual, aplicaba las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de una hoja de servicios, en donde constaba toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, para fines prestacionales; documento que se constituía en la pieza idónea para el reconocimiento de la asignación de retiro, por parte de la entidad en los términos del artículo 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

⁵ Folios 117 - 118, del cuaderno de primera instancia.

Es así, como señaló, que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa con su respectiva aprobatoria, era el documento idóneo para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja; por lo tanto, la entidad estaba sujeta a la expedición y aporte a dicho documento para dicho reconocimiento, por lo que en caso de que el demandante presentara inconformidad frente al incremento conforme al parágrafo 2, del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, debió manifestarlo así a la correspondiente Fuerza y no a CREMIL, pues, la entidad estaba sujeta para el reconocimiento de las asignaciones a la aplicación de la normatividad vigente y a lo señalado en la hoja de servicios.

- **La parte demandante**⁶, interpuso recurso de apelación, con el objeto de que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en el sentido de que se incluya en su asignación de retiro, la duodécima parte de la prima de navidad.

Argumentó, que si bien era cierto no existía norma alguna que contemplara la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, lo cierto era, que se debió interpretar por principio de favorabilidad e igualdad, la posibilidad de que dicho emolumento le fuera reconocido en igualdad de proporciones.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de junio de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada⁷.

- En proveído de 22 de julio de 2016, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.

⁶ Folios 119 - 123, del cuaderno de primera instancia.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

Las partes no alegaron en esta instancia procesal y el Agente del Ministerio Público, no emitió concepto de fondo.

- El Agente del Ministerio Público⁹ conceptuó de fondo, solicitando se confirmara la sentencia recurrida, en razón a que le asiste razón al demandante, a que la entidad demandada le reliquide la asignación de retiro, teniendo en cuenta el salario mínimo aumentado en un 60%, de conformidad con lo señalado por el artículo 4 de la Ley 31 de 1985, en concordancia con los artículos 1 y 2 del decreto 1794 de 2000.

También señaló, que conforme al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se deducía que la prima de navidad, únicamente, fue contemplada por el legislador para ser incluida en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, más no, en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Indicó, que siguiendo los precedentes jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional y del Honorable Consejo de Estado, era evidente que en aplicación del principio de igualdad, resultaba procedente reconocer dicho emolumento a los soldados profesionales, aunque ello significara la inaplicación del precepto según el cual, únicamente se podía tener en cuenta tal partida, para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial; sin embargo, indicó, que dadas las circunstancias de que en la hoja de servicios no se encontraba que el actor hubiere devengado dicha prima de navidad, no se debía tener en cuenta dicha solicitud.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia. Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido

⁸ Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 18 - 21, cuaderno de segunda instancia.

en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la litis, el problema jurídico a desatar en la presente acción, es: ¿Existe lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, en virtud de los cuales, se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante, en lo que concierne a las fórmulas y factores¹⁰ establecidos para la respectiva liquidación, de la prestación social referida?

¿Debe incluirse en tal reliquidación, la prima de navidad?

De conformidad con la problemática planteada, los extremos de la litis y los argumentos de las partes, esta Sala tratará los siguientes temas:

De la liquidación de la asignación de retiro y los parámetros legales a tener en cuenta, para efectos del reconocimiento de miembros de las Fuerzas Armadas –Soldado Voluntario/Soldado Profesional-.

2.3. Análisis de la Sala.

2.4.1.- De la liquidación de la asignación de retiro y los parámetros legales a tener en cuenta, para efectos del reconocimiento de miembros de las Fuerzas Armadas –Soldado Voluntario/Soldado Profesional-.

El ordenamiento jurídico, mediante ley 131 de 1985, dispuso una serie de normas sobre el servicio militar voluntario, en lo relacionado al ingreso, beneficios y obligaciones respectivas, donde se destaca, para efectos de la problemática de esta acción, lo consignado en el artículo 6 de dicha normativa que reza:

¹⁰ Se ciñe la decisión a tal tema, conforme lo dispuesto en el art. 320 del C. G. del P. aplicable por remisión del art. 306 del CPACA.

“ARTICULO 4º. 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.”

De esta forma se observa, que las personas que decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas, como *soldados voluntarios*, los cuales están definidos por el deseo de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio, a diferencia del *soldado profesional*, que es aquel entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio¹¹, tenían derecho, en vigencia de la norma referenciada, a una **bonificación mensual**, equivalente al Salario Mínimo Legal más un sesenta por ciento (60%), de dicho valor.

Posteriormente, mediante Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000, los regimenes prestacionales de los soldados profesionales y soldados voluntarios fueron asimilados, de conformidad con el artículo 42 de tal preceptiva, que indicó:

“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.”

La anterior disposición a su vez, debe ser interpretada bajo los contenidos normativos del Decreto 1274 de 14 de septiembre de 2000, que en su artículo 1º señala:

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

¹¹ Sobre la diferencia de soldados voluntarios y profesionales, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 11 de junio de 2009. Expediente 2311-08. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

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%). (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Entendiéndose, con las iniciativas legales abarcadas, el interés designado en la ley 4ta de 1992, con miras a la expedición de un régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, sin detrimento de los derechos adquiridos, enmarcándose una prerrogativa especial, para aquellos soldados voluntarios, que venían amparados por las preceptivas de la ley 131 de 1985, los cuales gozarían de un 60%, para efectos de liquidaciones prestacionales, existiendo a su vez, una cualificación de la bonificación mensual, a un **salario mensual**.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 923 de 2004, se instaura un nuevo interés, con el objeto de señalar las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta, para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, bajo un marco de eficiencia, universalidad, **igualdad, equidad**, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y **solidaridad**¹², los cuales determinan la expedición del Decreto 4433 de 2004, norma que cobija, actualmente, a los miembros de la Fuerza Pública, en asuntos atinentes a la primera de las normas mencionadas y que establece para efectos de la asignación de retiro lo siguiente:

¹² Se considera de suma importancia destacar las siguientes normas de la Ley 903 de 2004: "ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.

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.

(...)

2.7. 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."

“Asignación de retiro

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 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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. (Negritas y subrayas fuera del texto).”

Ahora bien, esta Sala considera que del anterior recuento normativo, la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, debe

ser soportada bajo una interpretación sistemática e integral, de aquellas normas que consagra la especialidad del régimen salarial y prestacional en estudio, por lo que no es aceptable, la aplicación de cualesquiera de las normas expuestas en acápites precedentes, sin atender a su sentido histórico-funcional.

De tal forma, que al momento de liquidarse las asignaciones de retiro, se debe tener en cuenta lo consignado en el artículo 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, que establece una serie de fórmulas propias, para lograr tal cometido, como lo es el 40% del Salario Mínimo Legal y los porcentajes de prima de antigüedad; sin embargo, conforme el artículo 1º del Decreto 1274 del 2000, aquellas personas que a 31 de diciembre de 2000, obraban como soldados voluntarios, tendrán como beneficio alterno del sistema, el de efectuarse la operación aritmética, no con el 40 % del SMLMV, sino con el 60% de tal concepto, dándose protección a los intereses e iniciativas que a lo largo de la historia legislativa, se ha buscado detentar a miembros de la Fuerza Pública, como lo son los soldados profesionales/voluntarios.

Frente a los asuntos de reajuste de salarios – asignaciones de retiros de los soldados voluntarios que se profesionalizaron, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016¹³, se pronunció en los siguientes términos:

“Surgimiento y características del régimen de personal, salarial y prestacional de los soldados voluntarios

El legislador, a través del artículo 1º de la Ley 131 de 1985,¹⁴ 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:

¹³ No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01, No. Interno: 3420-2015, Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁴ Ib.

“Artículo 1. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.

Artículo 2. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

Parágrafo 1. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de 12 meses.

Parágrafo 2. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

Artículo 3. Las personas a que se refiere el artículo 2º de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.”

Según las normas traticas, quienes hubieran prestado el servicio militar obligatorio, si así lo manifestaban al respectivo Comandante de Fuerza y este lo autorizaba, podían continuar vinculados a las Fuerza Pública, pero prestando sus servicios militares como soldados voluntarios.

Sobre la situación salarial y prestacional de los soldados voluntarios, los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 131 de 1985,¹⁵ dispusieron lo siguiente:

“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

¹⁵ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

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.”

De acuerdo con las normas transcritas, los soldados voluntarios eran remunerados con una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario”. Así mismo, 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”.

Así las cosas, la situación salarial y prestacional de los soldados voluntarios, en vigencia de la Ley 131 de 1985,¹⁶ se grafica de la siguiente manera, para su mejor comprensión:

SITUACIÓN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS EN VIGENCIA DE LA LEY 131 DE 1985	
Prestación social o salarial a la que tenían derecho	Monto
Bonificación mensual	Equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementada en un 60%
Bonificación de navidad	Equivalente al monto recibido como bonificación mensual en el mes de noviembre del respectivo año
Bonificación al ser dado de baja (retirado)	Equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicios

Teniendo claridad sobre las características del régimen de personal, salarial y prestacional de los soldados voluntarios, contenido en la Ley 131 de 1985,¹⁷ pasa la Sala a estudiar los mismos aspectos del régimen de carrera de los soldados profesionales.

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

¹⁷ Ib.

Régimen de carrera de los soldados profesionales

A través de la Ley 578 de 2000¹⁸ el legislador facultó al Presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas todo lo concerniente al régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional, en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- <El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1493 de 2000>. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de 6 meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional ~~y se dictan otras disposiciones.~~” (Subraya la Sala).

Con fundamento en las anteriores 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.”

¹⁸ Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional.

En lo que tiene que ver con la incorporación de los soldados profesionales, los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto Ley 1793 de 2000,¹⁹ preceptúan lo siguiente:

“Artículo 3. Incorporación. La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de la fuerza y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.

Artículo 4. Requisitos para la incorporación. Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:

- a) Ser colombiano.
- b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.
- c) Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho.
- d) Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.
- e) Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.
- f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.
- g) Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.

Artículo 5. Selección. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

Parágrafo. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al

¹⁹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

momento de la incorporación al nuevo régimen." (Subraya la Sala).

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 1985²⁰ con anterioridad a 31 de diciembre de 2000, esto es, los soldados voluntarios; pero para ello, debían expresar al Comandante de Fuerza su intención de incorporarse como soldados profesionales y obtener su aprobación.

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 2000,²¹ 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." (Subraya la Sala).

A continuación la Sala grafica las diferencias entre estas dos categorías de soldados profesionales, en cuanto a su vinculación:

DIFERENCIAS ENTRE LOS SOLDADOS PROFESIONALES QUE ENTRARON POR PRIMERA VEZ A LA FUERZA PÚBLICA Y LOS QUE VENÍAN DE SER SOLDADOS VOLUNTARIOS, EN CUANTO A LOS REQUISITOS DE INGRESO	
CATEGORÍA	REQUISITOS DE INGRESO
Soldados profesionales que venían como voluntarios	• Estar vinculados antes del 31 de diciembre de 2000, en los términos señalados en la Ley 131 de 1985, esto es, como soldados voluntarios. • Expresar a los Comandantes de Fuerza, su intención de incorporarse como soldados profesionales. • Obtener del respectivo Comandante de Fuerza la aprobación para incorporarse como soldados profesionales.

²⁰ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
²¹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

Soldados profesionales que ingresaron por primera vez a la Fuerza Pública luego de la creación del régimen de carrera del soldado profesional, en el Decreto Ley 1793 de 2000	• Ser colombiano. • Inscribirse en el respectivo Distrito Militar. • Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho. • Ser mayor de 18 años y menor de 24 años. • Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos. • 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. • Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.
--	---

En este punto, es de tener en cuenta, que tanto el demandante como la entidad demandada, señalan que el proceso de incorporación de los soldados voluntarios al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000,²² se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003,²³ por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales.

En conclusión de lo hasta ahora expuesto, a partir de lo normado en el Decreto Ley 1793 de 2000,²⁴ 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.

Esta subdivisión dicotómica de los soldados profesionales: entre quienes se vincularon ex novo a partir del 1º de enero de 2001 y los que encontrándose enlistados a las Fuerzas Militares antes del 31 de diciembre de 2002 fueron posteriormente incorporados al nuevo régimen, además de ser expresión de la realidad objetiva

²² Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.
²³ Las cuales no fueron aportadas al expediente, pero que su contenido es enunciado de manera uniforme tanto en la demanda como en su contestación, sin que exista controversia sobre este aspecto.
²⁴ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

que caracterizó a la vinculación de cada grupo, tiene efectos salariales, como pasa a explicar la Sala.

Régimen salarial para el personal de soldados profesionales

En lo que tiene que ver con el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000,²⁵ 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.”

Es del caso precisar, que la Ley 4ª de 1992,²⁶ 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;(...)” (Subraya la Sala).

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 2000²⁷ 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.

Sobre este particular, estima la Sala conveniente transcribir los artículos 1º y 2º del referido Decreto Reglamentario 1794 de 2000:²⁸

²⁵ Ib.

²⁶ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

²⁷ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

²⁸ Ib.

"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 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 60%. Subraya la Sala).

Artículo 2. Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.

Parágrafo. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."

Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000²⁹ distinguen claramente 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% y, 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.

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 2000,³⁰ 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 1985,³¹ 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

²⁹ Ib.

³⁰ Ib.

³¹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

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 1985,³² 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 2000,³³ 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 1992³⁴ y el Decreto Ley 1793 de 2000,³⁵ 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 1793³⁶ y 1794³⁷ 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%,

³² Ib.

³³ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

³⁴ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

³⁵ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

³⁶ Ib.

³⁷ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

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 1985.³⁸

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,³⁹ 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 1985,⁴⁰ 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 1985,⁴¹ 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 2000⁴² 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%". "..."

En relación al principio de favorabilidad e inescindibilidad de la norma, el Alto Tribunal, en la misma providencia dijo:

"En el presente caso no se evidencia la trasgresión al referido principio, puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴³ cuyo artículo 1º, inciso 2º, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%.

³⁸ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

³⁹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴⁰ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁴¹ Ib.

⁴² Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴³ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

Agrega la Sala, que al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, sólo que a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793⁴⁴ y 1794⁴⁵ de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó además, que dicho personal recibiera las prestaciones sociales que antes no devengaba.

De manera que con la interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴⁶ que se prohíba en esta sentencia de unificación, no se está generando una nueva norma a través de la combinación de varios contenidos normativos enfrentados, ni tampoco se está escogiendo como aplicable fragmentos legales de diferentes normatividades, pues, la regulación salarial de los soldados profesionales se encuentra contenida en un único estatuto, que es el mencionado Decreto Reglamentario 1794 de 2000.⁴⁷

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁴⁸ es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,⁴⁹ y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%. "..."

En cuanto a los efectos prestacionales de ordenar el reajuste salarial del 20% a favor de los soldados profesionales que venían como voluntarios, concluyó al Alta Corporación, que "... el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías".

⁴⁴ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴⁶ Ib.

⁴⁷ Ib.

⁴⁸ Ib.

⁴⁹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

En armonía con lo expuesto, la Sala Plena de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, unificó su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios, que posteriormente fueron incorporados como profesionales y fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

“Primero. De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁵⁰ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁵¹ 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 1985,⁵² es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

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

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10⁵³ y 174⁵⁴ de los Decretos 2728 de 1968⁵⁵ y 1211 de 1990,⁵⁶ respectivamente”.

⁵⁰ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁵¹ Ib.

⁵² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁵³ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

⁵⁴ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

⁵⁵ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

⁵⁶ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala considera que **el cargo desarrollado en apelación por parte de la entidad demandada no está llamado a prosperar**, toda vez que se observa de la hoja de servicios del Infante profesional (r) HUVERLEY CAÑÓN ESCOBAR⁵⁷, que el mismo ingresó al servicio militar obligatorio el 17 de marzo de 1991, pasando luego a convertirse en Soldado voluntario de las Fuerzas Armadas, el 15 de diciembre de 1992 y finalmente, accediendo al empleo de infante de marina profesional, el 14 de agosto de 2003, por lo que de conformidad con el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, el demandante tiene derecho a que se liquide su asignación de retiro, bajo la égida del 60% antes mencionado.

Ahora bien, del medio de alzada, se prevé un argumento referido a la falta de legitimación en la causa por pasiva, de CREMIL⁵⁸, al no ser esta la entidad que elabora las hojas de servicios, donde se establecen los factores y porcentajes liquidatorios de la asignación de retiro, obligación que se dice, está en cabeza del Ministerio de Defensa, argumento que este Tribunal no acoge, por las siguientes razones.

La hoja de servicios, en materia del reconocimiento de la asignación de retiro, se traduce, como acto administrativo de trámite, mediante el cual, se demarcan una serie de factores y tiempos de servicios, con el objeto que la autoridad competente, proceda al reconocimiento y pago de la primera; sin embargo, el Honorable Consejo de Estado ha previsto, que en aquellos eventos en que se controvierta el contenido de la misma, es decir, se considere que no se señalaron en debida forma, los tiempos o factores liquidatorios a proveer, la naturaleza administrativa de trámite, se cualifica en definitiva, siendo la hoja de servicios, un acto administrativo definitivo, susceptible de control judicial⁵⁹.

⁵⁷ Folio 51 del cuaderno de primera instancia.

⁵⁸ Ver folio 121 del Cuaderno de primera instancia.

⁵⁹ En sentencia del 4 de mayo de 2006, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, expediente 5786-03, con ponencia del Dr. Tarsicio Cáceres Toro, sobre lo expuesto precisó: "Al pretenderse el reconocimiento del tiempo servido a la Institución, sea que se busque la elaboración de la hoja de servicios policiales

No obstante, en el caso de marras, no se está discutiendo el contenido de la hoja de servicios, sino las fórmulas, con las que se procede a reconocer la asignación de retiro, las cuales, son definidas por ley, más no por la entidad respectiva -Ministerio de Defensa-, siendo los parámetros normativos, los que direccionan la decisión de reconocimiento de la prestación social, en comento, por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, de allí que en esta oportunidad, la hoja de servicios, es considerada como un acto administrativo de trámite, respecto de la cual, no existe inconformidad.

Por ende, al existir inconformidad, no con la hoja de servicios, sino con las fórmulas aplicadas por CREMIL, a la hora de liquidar la asignación de retiro del demandante, se observa a todas luces, que el ente competente, a la hora de aplicar las fórmulas y preceptos normativos, en el reconocimiento de la prestación social en comento, es en este caso, el ente demandado, situación que le confiere legitimación por pasiva en la presente causa.

Por otro lado, se advierte que la parte actora también recurre el fallo de primera instancia, en cuanto negó la pretensión de inclusión en su asignación de retiro de la duodécima parte de la prima de navidad, argumentando que si bien era cierto, no existía norma alguna que contemplara su inclusión en la asignación de retiro de los soldados profesionales, lo cierto era, que se debió interpretar por principio de

o, como en el sub lite, su adición para que se incluyan tiempos dobles que el actor considera no se le tuvieron en cuenta, estamos frente a una actuación consistente en un procedimiento previo y necesario para que posteriormente se acuda ante la autoridad competente en busca del reconocimiento o mejoramiento de la asignación de retiro; estas reclamaciones, como ya se expresó, pueden iniciarse en cualquier tiempo.

Esta Corporación ha dejado claro que aunque son actuaciones de trámite, la denegación de la elaboración de la hoja de servicios o negativa de su adicción, así como los demás actos que se profieran en relación con ella, si existe inconformidad con lo decidido, impidiendo con ello obtener la asignación de retiro o su modificación, se ha concluido que dicha denegación pone fin a dicha actuación ante la autoridad Militar o Policial, haciendo imposible continuarla ante la autoridad y entidad que tiene a su cargo el conocimiento de las prestaciones periódicas pertinentes. Luego, la decisión administrativa negativa en esa materia, al tenor del art. 50 -in fine- del C. C. A., se reputa ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO, clase de pronunciamiento administrativo que sí es susceptible de enjuiciamiento ante esta jurisdicción."

favorabilidad e igualdad, la posibilidad de que dicho emolumento le fuera reconocido en igualdad de proporciones.

Respecto a tal argumentación, se considera que la misma no es de recibo por parte de esta Sala, teniendo en cuenta que la norma contenida en el artículo 13 del decreto 4433 de 2004, no incluye dentro de las partidas computables, para el rango de soldados profesionales dicha prima, solo la incluye para quienes ostenten el rango de Oficiales y Suboficiales.

Igualmente, se precisa, que tampoco es dable hacer un juicio de proporcionalidad e igualdad en los términos solicitados por el actor, toda vez, que no obra prueba dentro del expediente, que indique que el señor HUVERLEY CAÑÓN ESCOBAR, devengó tal emolumento o por lo menos, así se advierte de su hoja de servicios.

Siendo así, y debido a las apreciaciones elevadas en apartes precedentes, este Tribunal, **confirmará** el fallo de primera instancia, en lo que corresponde.

3. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículo 365 y 366 del CGP, no se condena en costas a las partes, toda vez que en favor de ninguno prosperó el recurso formulado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 29 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con el problema jurídico y las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00165/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(En comisión de servicios)