



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-008-2015-00084-01
DEMANDANTE:	JORGE ALBERTO SEVILLA HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	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 adiada 18 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se declaró la nulidad del acto acusado y ordenó el restablecimiento de lo pedido.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **JORGE ALBERTO SEVILLA HERNÁNDEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, con el fin que se declare la nulidad de los Oficios Nos. 70216 de septiembre 10 de 2014, mediante el cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro y 75094 de septiembre 25 de 2014, en virtud del cual, se resolvió declarando improcedente un recurso de reposición y apelación, formulado contra la anterior decisión.

¹ Folio 30 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor se condene a CREMIL a reajustar su asignación de retiro, por la indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 ibídem y lo establecido en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 del 2000.

Igualmente, pide se reajuste su asignación de retiro por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, ya que se tomó el salario mínimo legal vigente, incrementado solo en un 40% y no en un 60%, tal como lo establece la citada norma.

Así mismo, solicita se reajuste su asignación de retiro por violación a su derecho a la igualdad (art. 13 de la C. N.), al dejarse de incluir el subsidio familiar como partida computable.

Se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional, desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro, hasta su inclusión en nómina de pagos.

Se disponga el pago de la indexación y de los intereses de mora, sobre los valores adeudados.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó el actor, que ingresó a la Armada Nacional el 10 de marzo de 1994, en condición de Soldado Voluntario y su vinculación estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Manifestó el demandante, que pasó a ser Soldado Profesional a partir del 14 de agosto de 2003, fecha a partir de la cual, su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente, por el Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004.

² Folios 30 - 37 del cuaderno de primera instancia.

Refirió, que estuvo vinculado a la Armada Nacional por más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la cual fue reconocida mediante Resolución No. 1650 de abril 10 de 2013.

Señaló, que en la liquidación de retiro efectuada, se le aplicó indebidamente lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma normatividad, toda vez, que se le aplicó un doble porcentaje a la prima de antigüedad.

De igual forma, se le debió tener en cuenta en la asignación de retiro, lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, es decir, el salario básico incrementado en un 60% y no en un 40%.

Además de lo anterior, sostuvo, que se le vulneró el derecho fundamental a la igualdad (art. 13 de la C. N.), al no incluirse el subsidio familiar, como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las Fuerzas Militares, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación respectiva.

Como **soportes jurídicos** de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículos 138 y 159 a 195 de la Ley 1437 de 2011; artículo 10 de la Ley 4 de 1992; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000; y Decreto 4433 de 2004.

El **marco de violación**, aduce que la entidad demandada vulnera el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al emplear un doble porcentaje de la prima de antigüedad, pues, tomó el 38.5% y sobre este rubro le aplicó el 70%; es decir, que le aplicó un doble porcentaje, causándole un grave perjuicio.

Manifiesta, que la entidad inaplicó lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, ya que tomó el salario mínimo incrementado solo en un 40%, siendo que la norma establecía que la asignación salarial mensual, debía liquidarse con base en el salario mínimo legal incrementado en un 60%.

De igual forma, refiere, que existe vulneración al derecho a la igualdad, por lo que se debe inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, toda vez, que tiene derecho a que se le tenga en cuenta el subsidio familiar en su asignación de retiro.

1.3. Contestación de la demanda³.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a través de apoderada judicial, ejerce su derecho de contradicción oponiéndose a las pretensiones de la demanda, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Frente a los hechos señaló, que aceptaba los relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho de petición radicado por el actor y su correspondiente contestación. Respecto de los demás, presentó oposición.

Como medios de defensa, propuso las excepciones de i) *legalidad de las actuaciones efectuadas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; ii) Carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar y otras prestaciones, iii) Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro; iv) Inexistencia de fundamento en cuento al reajuste solicitado 40 – 60%; v) no configuración a la violación del derecho a la igualdad; y vi) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.*

³ Folios 48 - 53 del cuaderno de primera instancia.

Todas estas excepciones, apuntan a acreditar que la actuación de la entidad al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante, fue ajustada a los parámetros legales y a las normativas vigentes, debiéndose por ello, reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico, incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

De igual forma, sostuvo la entidad accionada, que aplicó la normatividad legal vigente al momento de los hechos, las cuales, no disponen incluir el subsidio familiar en la pensión de los soldados profesionales, ni mucho menos, que aquella produjo un trato desequilibrado entre éstos y los demás miembros de la Fuerzas Militares, como oficiales y suboficiales.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de agosto 18 de 2016, declaró la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios Nos. 70216 de septiembre 10 de 2014, por medio del cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro del actor; y 75094 de septiembre 25 de 2014, que declaró improcedente los recursos de reposición y apelación, interpuestos contra el anterior acto. De igual forma, inaplicó por inconstitucional el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a CREMIL a reliquidar la asignación de retiro del señor Jorge Alberto Sevilla Hernández, tomando como salario base de liquidación un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, conforme a lo indicado en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; con la inclusión del subsidio familiar como partida computable y con la aplicación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, a partir de la fecha en que le fue reconocida.

⁴ Folios 129 – 142 del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, condenó a la entidad demandada al pago del retroactivo producto de la diferencia resultante, del reajuste anual de la asignación, a partir de la fecha en que le fue reconocida.

Fundamentó el A-quo, que al demandante debía aplicársele el artículo 1º del decreto 1794 de 2000, toda vez, que si bien fue incorporado como Infante Profesional el 14 de agosto de 2003, lo cierto era, que ostentaba la condición de Soldado Voluntario desde el 10 de marzo de 1994.

Por lo anterior, consideró, que en el presente caso existía una indebida aplicación de la normatividad que cobijaba al actor, ya que se liquidó su asignación de retiro con base en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, cuando lo correcto era aplicar el inciso 2º de dicho artículo, en atención a que su salario se regía por lo establecido en la Ley 131 de 1985.

Por otro lado, señaló el A-quo, que no se estaba violando el principio de inescindibilidad en razón a que no se daba aplicación a dos normas legales diferentes, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro del actor, ya que a éste se le aplicaría lo consagrado en el inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, al reunir las condiciones impuestas por esa norma.

En cuanto al subsidio familiar, anotó el Juez, que si bien el legislador solo previó su inclusión en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, excluyendo a los Soldados Profesionales, en aplicación del principio de igualdad -tal como lo indicaba la jurisprudencia del Consejo de Estado-, era procedente reconocerle a los Soldados o Infantes de Marina Profesionales, la inclusión de dicho subsidio como partida computable en su asignación de retiro.

Refirió el A-quo, que en el presente caso, se encontraba demostrado que el actor había conformado un núcleo familiar, lo que llevaba a considerar que se le había vulnerado su derecho a la igualdad y por tanto, se le debía

incluir el referido subsidio, como partida computable en la liquidación de su asignación de retiro.

Así, consideró el Juez, que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, contravenía lo reglado en el artículo 13 de la Carta Magna, lo que conllevaba a su inaplicación por inconstitucional.

De igual forma, señaló que en lo tocante a la asignación de retiro del actor, el salario base de liquidación que debía tomarse, era el mínimo incrementado en un 60%, para después sacarle el 70%, según lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y seguido de ello, obtener de esa operación el 38.5% que equivalía a la prima de antigüedad.

1.5.- El recurso⁵.

CREMIL, a través de apoderado judicial, interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se nieguen 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 integral 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

⁵ Folios 144 – 148 del cuaderno de primera instancia.

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.

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 de tal documento para dicho reconocimiento, por lo que en caso de que el demandante presentara inconformidad, frente al incremento conforme al parágrafo 2, del artículo 1º 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.

Igualmente, la entidad demandada afirmó que aplicaba la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no estaba consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable; y ello era una razón suficiente, para no desvirtuar la presunción de legalidad.

También señaló, que no podían reconocerse en su totalidad las pretensiones de la demanda, por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, establecía la prescripción de las mesadas en tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles; por lo tanto, en el caso de marras, se debía declarar la prescripción del derecho, respecto de todas aquellas partidas u obligaciones a favor del demandante, que hubieren sido cobijadas con las figura de la prescripción.

Así mismo expuso, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente asunto, no hay vulneración al derecho

de igualdad, ya que fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro.

En cuanto a la condena en costas, anotó, que en el presente asunto las pretensiones del demandante prosperaron de manera parcial, por lo que era legalmente válido exonerar a la entidad de tal condena. Y precisó, que el artículo 365 del C.G.P., señalaba que solo habría lugar a costas cuando en el expediente aparecieran causadas y comprobadas.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 24 de noviembre de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandada⁶.
- En proveído de 17 de enero de 2017, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.
- Las partes demandante y demandada, no se hicieron partícipes en esta etapa procesal y el Agente del Ministerio Público, no emitió concepto de fondo.

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

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 10, cuaderno de segunda instancia.

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, contenidos en los Oficios Nos. 70216 de septiembre 10 de 2014 y 75094 de septiembre 25 de 2014, 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 factores establecidos para la respectiva liquidación, de la prestación social referida?

Considerándose en el mismo problema señalado, si de la asignación de retiro devengada por el demandante, debe hacer parte como factor, el subsidio familiar.

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

- i) 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.
- ii) El subsidio de familia y su naturaleza, como factor liquidatorio a la hora de ser reconocida la asignación de retiro de los Infantes y Soldados Profesionales.
- iii) De la prescripción.

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1.- 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 que interesan a esta acción, lo consignado en el artículo 6 de dicha normativa que reza:

“ARTICULO 4°. 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 obligatorio⁸, 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 regímenes 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:

⁸ 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.

“ARTÍCULO 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.

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**⁹, los cuales

⁹ 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.”

determinan la expedición del Decreto 4433 de 2004, norma que cobija, actualmente, a los miembros de las Fuerza Pública, en asuntos atinentes a la primera de las normas mencionadas y que establece para efectos de la asignación de retiro lo siguiente:

“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. (Negrillas 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 laboraban 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 2016¹⁰, se pronunció en los siguientes términos:

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

¹⁰ 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.

El legislador, a través del artículo 1º de la Ley 131 de 1985¹¹, estableció la posibilidad de que quienes hubieran prestado su servicio militar obligatorio, manifestasen su deseo de seguir vinculados a la Fuerza Pública, bajo la modalidad del servicio militar voluntario. Sobre el particular, los artículos 1º, 2º y 3º de la norma en cita, señalaban:

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

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

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

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

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

Según las normas transcritas, quienes hubieran prestado el servicio militar obligatorio, si así lo manifestaban al respectivo Comandante de Fuerza y este lo autorizaba, podían continuar vinculados a la 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 1985¹² 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.

¹¹ Ib.

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

Artículo 5. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.

Parágrafo. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

Artículo 6. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.”

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 1985,¹³ 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

¹³ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

Teniendo claridad sobre las características del régimen de personal, salarial y prestacional de los soldados voluntarios, contenido en la Ley 131 de 1985,¹⁴ pasa la Sala a estudiar los mismos aspectos del régimen de carrera de los soldados profesionales.

Régimen de carrera de los soldados profesionales

A través de la Ley 578 de 2000¹⁵ 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,

¹⁴ Ib.

¹⁵ 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.

para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas."

En lo que tiene que ver con la incorporación de los soldados profesionales, los artículos 3°, 4° y 5° del Decreto Ley 1793 de 2000,¹⁶ 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

¹⁶ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.” (Subraya la Sala).

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 1985¹⁷ 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 2000,¹⁸ 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.

¹⁷ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
¹⁸ 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 2000,¹⁹ 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 2003,²⁰ 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 2000,²¹ 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

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

²⁰ 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.

²¹ 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 2000,²² 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 1992,²³ 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 2000²⁴ 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 2000:²⁵

²² Ib.

²³ 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.

²⁴ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

²⁵ 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 párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. 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 2000²⁶ 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 2000,²⁷ 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 1985,²⁸ cuyo artículo 4° establecía, que estos

²⁶ Ib.

²⁷ Ib.

²⁸ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

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 1985,²⁹ 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 2000,³⁰ 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 1992³¹ y el Decreto Ley 1793 de 2000,³² 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 1793³³ y 1794³⁴ 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

²⁹ Ib.

³⁰ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

³¹ 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.

³² Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

³³ Ib.

³⁴ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.³⁵

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,³⁶ 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 1985,³⁷ 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 1985,³⁸ 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 2000³⁹ 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

³⁵ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

³⁶ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

³⁷ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

³⁸ Ib.

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

encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴⁰ cuyo artículo 1º, inciso 2º, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%.

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 1793⁴¹ y 1794⁴² 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 2000,⁴³ 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 2000.⁴⁴

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁴⁵ 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 1985,⁴⁶ 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,

⁴⁰ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴¹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

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

⁴³ Ib.

⁴⁴ Ib.

⁴⁵ Ib.

⁴⁶ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

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”.

En armonía con lo expuesto, la Sala Plena de la Sección Segunda del 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 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴⁷ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴⁸ 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 1985,⁴⁹ 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 10⁵⁰ y 174⁵¹ de los Decretos 2728 de 1968⁵² y 1211 de 1990,⁵³ respectivamente”.

⁴⁷ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴⁸ Ib.

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

⁵⁰ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

⁵¹ 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

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) JORGE ALBERTO SEVILLA HERNÁNDEZ⁵⁴, que el mismo ingresó al servicio militar obligatorio el 25 de enero de 1992, pasando luego a convertirse en Infante Voluntario (Soldado voluntario) de las Fuerzas Armadas, el 10 de marzo de 1994 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, tiene derecho a que se liquide su asignación de retiro, bajo la égida del 60% antes mencionado.

Teniendo en claro el porcentaje del 60% del SMLMV, se procede a establecer, la forma como debe ser computada la asignación de retiro, desde los parámetros integrales de las normas, que conforman tal prestación social, por ello se considera, que la misma se debe fijar teniéndose en cuenta el 70%, del valor resultante de la asignación mensual del inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1274 de 2000 (60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad.

Se señala, el 70% no se detenta de la sumatoria del salario mensual a definir y la prima de antigüedad, conjuntamente – (salario a definir + 38.5% prima de antigüedad) (70%), sino que se predica del primer concepto, resultado último al que se le debe sumar el porcentaje de la prima de antigüedad de manera separada o más bien excluyente -(70% salario a definir)+ (38.5% de la prima de antigüedad)-.

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.

⁵² Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

⁵³ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

⁵⁴ Folio 23 del cuaderno de primera instancia.

Ahora bien, del medio de alzada, se prevé un argumento referido a la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL⁵⁵, 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 judicial⁵⁶.

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

⁵⁵ Ver folio 145 y reverso folio 146 del Cuaderno de primera instancia.

⁵⁶ 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 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 adición, 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."*

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, para 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.

Debido a las apreciaciones elevadas en apartes precedentes, este Tribunal, **CONFIRMARÁ** el fallo de primera instancia, en lo que corresponde.

2.3.2. El subsidio familiar y su naturaleza como factor liquidatorio, a la hora de ser reconocida la asignación de retiro de los Infantes de Marina Profesionales.

El subsidio familiar, como componente de la seguridad social, ha sido asimilado en el ordenamiento jurídico, desde mediados del siglo XX, caracterizado por ser una medida que busca *“beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar”*⁵⁷.

Dentro de su naturaleza se destacan, *“los medios para la consecución de este objetivo, que son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es*

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 1997. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”⁵⁸

Por consiguiente, el subsidio familiar debe ser entendido desde una óptica social, el cual a la hora de su reconocimiento debe responder a los intereses de solidaridad, equidad y justicia, con miras a dar coherencia y cohesión, a los miembros que componen un núcleo social, atendiendo a su vez, a las particularidades propias de su contexto, prevaleciendo la prestación en comento, en aquellos grupos que más lo ameriten.

La corte constitucional, sobre el subsidio familiar ha destacado lo siguiente:

“Por otra parte, esta Corporación se ha pronunciado en numerosas ocasiones, tanto en sede de constitucionalidad como de tutela sobre el subsidio familiar. En primer lugar ha destacado que el subsidio familiar tiene una doble dimensión, según la perspectiva desde la cual sea analizado. La primera hace referencia al mecanismo previsto para acopiar los recursos para pagar el subsidio y a la naturaleza de estos recursos. La segunda sobre la naturaleza jurídica del subsidio mismo, la cual interesa especialmente para los fines de la presente providencia y por eso será analizada con mayor detalle.

En primer lugar se ha hecho referencia a la relación entre el subsidio familiar y los artículos 48 y 53 constitucionales. Así, se ha destacado que el subsidio familiar es una especie del género de la seguridad social. Igualmente se ha señalado que constituye un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que la cuota monetaria “se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”. Estos pronunciamientos previos fueron recogidos en la sentencia C-1173 de 2001, en la que se sostuvo que el subsidio familiar ostenta la triple condición de prestación de la seguridad social, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio.

⁵⁸ *Ibíd.*

Por otra parte, en numerosas sentencias de tutela se ha establecido la relación entre la cuota monetaria del subsidio familiar y el derecho al mínimo vital, especialmente porque sus destinatarios finales son niños y personas de la tercera edad."

Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional sobre el tema, ha tenido una posición coherente y lógica acerca las condiciones propias del concepto referenciado, a más de su finalidad social que vincula, no solo al beneficiario directo, sino que además, hace parte inherente de las garantías de la familia, como núcleo social por antonomasia.

No obstante, la temática abordada, guarda relación directa con la *progresividad de los derechos sociales* y la *prohibición de regresividad* respecto a los mismos, donde a su vez se ha indicado, que tales principios, deben ser analizados de manera integral, con los contextos sociales que hacen parte de la problemática suscitada, en los casos que lo ameriten, donde no existe una posición absoluta de la tales preceptos, pero a si mismo, solo es posible la disminución de ciertas garantías sociales en el evento de existir una medida razonable y justificable.

Es de llamarse la atención, que la jurisprudencia constitucional en asuntos como el desarrollado, recurre a contenidos de razonabilidad para determinar la procedencia o no de medidas regresivas de elementos de corte social, donde además lleva ínsita la imperiosa necesidad de establecer un análisis constitucional del concepto **igualdad**, con miras a evitar la posible vulneración de este elemento de triple connotación constitucional (Valor, principio y derecho fundamental).

Frente a este último aspecto, se ha acudido a ciertas herramientas contemporáneas a la hora de hacer una interpretación judicial, donde se destaca el juicio de proporcionalidad, en cabeza el test de razonabilidad, para así realizar una modulación extensiva del principio categórico, en el que se predica la máxima aristotélica de *"tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales"*.

El test de razonabilidad, ha sido entendido como *“una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?”*⁵⁹

Concluyéndose sobre este aspecto, que el test de razonabilidad, se caracteriza por iniciar una operación intelectual, que se desprende de un juicio diferenciado con respecto al principio de igualdad, mediante el cual, se busca definir si la medida es justa y razonable, bajo la óptica del ejercicio de la proporcionalidad.

Desarrollados los anteriores argumentos y **aterrizando a la solución del caso en concreto**, es evidente, que existe diferencia en la manera como es liquidada la asignación de retiro, dispuesta por el Decreto 4433 de 2004, para los oficiales, suboficiales y los soldados profesionales, donde a los primeros, les es reconocido como componente social liquidatorio, el subsidio familiar, excluyéndose a los segundos.

Por lo tanto, este Tribunal debe definir, si la desigualdad mencionada, es justificable, en la medida del principio de proporcionalidad, profiriéndose al respecto, una decisión en sentido negativo, toda vez, que el subsidio familiar ha sido reconocido a la largo de la historia legislativa, como un beneficio a los sectores más pobres de la población, prevalentes en núcleos sociales de especial sujeción, donde se observa, que el trato diferenciado de los oficiales-suboficiales y los soldados profesionales, no contiene una finalidad u objeto constitucional razonable, al encontrar que estos últimos son a quienes, en primera medida, debería ser dirigida la prestación social en comento, no encontrando razón alguna, para que se excluya este emolumento, como factor liquidatorio de la asignación de retiro de los mencionados soldados profesionales.

⁵⁹ Corte Constitucional.- Sentencia C-022 de 1996. M.P Dr. Carlos Gaviria Díaz.

2.3.3. De la excepción de inconstitucionalidad, como sustento definitivo en el marco de la decisión a tomar.

Ahora bien, definido lo anterior, es claro que la disposición normativa contenida en el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es abiertamente inconstitucional, considerando esta judicatura, que la decisión a adoptar, debe estar presidida por la materialización de la excepción de inconstitucionalidad, en lo que respecta al subsidio familiar, como componente de liquidación de la asignación de retiro, en soldados profesionales.

La excepción de inconstitucionalidad⁶⁰, se erige como un mecanismo judicial viable para inaplicar una norma, que va en detrimento de la constitución, cuando aún no se ha detentado un juicio de constitucionalidad abstracto sobre la primera, ejecutándose, por ende, un control concreto de la disposición objeto de reparo, en cabeza de todos los jueces de la república, por mandato expreso del artículo 4 superior⁶¹.

De allí que, siendo la excepción de inconstitucionalidad, el mecanismo judicial para inaplicar el párrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004, debido a la apreciaciones elevadas en apartes precedentes, este Tribunal, **CONFIRMARÁ** el fallo de primera instancia, en lo que al cargo corresponde.

2.3.4. De la prescripción.

Frente a la prescripción, la misma no debe ser declarada probada en el presente asunto, en tanto, el reconocimiento de la asignación de retiro se originó el 10 de abril de 2013 (fls.2 - 3) y la solicitud de reliquidación de

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2010. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ver así mismo Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera-Subsección C. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 22592. C.P Dr. Enrique Gil Botero.

⁶¹ Constitución Política de Colombia. "ARTÍCULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."

dicha asignación, fue presentada el 4 de septiembre de 2014 (fls. 4 - 7); agregándose que la demanda, a su vez, fue presentada el 14 de mayo de 2015 (fl.38), luego entonces, atendiendo las reglas jurisprudenciales señaladas por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016⁶², tal fenómeno no hace su aparición.

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, se condena en costas a la parte demandada. El a quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera 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 18 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, al ente demandado. El a quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

⁶² 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.

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. 0060/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS
(Ausente con permiso)

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA