



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-006-2015-00219-01
DEMANDANTE: NELSON GARCÍA CANTERO
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 31 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **NELSON GARCÍA CANTERO**, 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"**, para que se declare la nulidad de los actos administrativos Nos. 42192 del 22 de junio de 2015, mediante el cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro y 51206 del 27 de julio de 2015, mediante el cual, se resolvió un recurso de reposición.

A título de restablecimiento, solicita el actor se ordene a la entidad demandada a que le reajuste su asignación de retiro, tomando como

¹ Folio 27 del cuaderno de primera instancia.

base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% del mínimo, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; se tenga en cuenta la prima de antigüedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% como prima de antigüedad; y se incluya el subsidio familiar, como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó el actor, que ingresó a laborar a la Armada Nacional el 1º de abril de 1991 en condición de Soldado Voluntario y su vinculación estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985; a partir del 14 de agosto de 2003, pasó a ser Soldado Profesional y su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente, por el Decreto 4433 de 2004.

Manifestó, que estuvo vinculado a la Armada Nacional durante más de veinte (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 - CREMIL, la cual le fue reconocida mediante Resolución N° 4290 del 16 de septiembre de 2011.

Indicó, que su asignación de retiro no se encontraba debidamente liquidada, dado que no tenía en cuenta lo preceptuado en el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004, según el cual, la asignación de retiro debe ser equivalente al 70% del salario mensual adicionado de la prima de antigüedad en un 38.5%.

También manifestó el accionante, que la liquidación de la asignación de retiro fue efectuada con base en un salario mínimo mensual legal vigente,

² Folio 27 reverso y ss, del cuaderno de primera instancia.

más el 40%. No obstante, consideró el actor, que la asignación mensual debía ser liquidada con base en el s.m.m.l.v, más el 60%.

Así mismo, refiere que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tampoco incluyó como partida para establecer el monto de la asignación de retiro el subsidio familiar, pese a que tiene derecho a ello, en virtud del principio de igualdad consagrado en la Constitución Política.

Como **soportes jurídicos**³ 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; artículo 10 de la Ley 4 de 1992; Decreto 1793 y 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

En su **concepto de violación** manifiesta, que la entidad vulneraba lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto desde el reconocimiento de la asignación de retiro venía liquidándola, aplicándole el 70%, tanto a la asignación básica como a la prima de antigüedad, siendo que lo correcto era aplicarle el 70% de su asignación básica y al valor resultante adicionarle el 38.5% de la asignación básica como prima de antigüedad, situación que afectaba de forma significativa el valor de la mesada a cancelar.

Indicó, que CREMIL debió tomar como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% al momento de liquidar su asignación de retiro; pues, resultaba ilógico e ilegal, que se le liquidara su asignación sobre un salario inferior y que nunca le correspondió devengar durante su vinculación con la entidad.

Así mismo, sostuvo que la entidad demandada vulneraba el artículo 13 de la Constitución Política, toda vez, que a los soldados profesionales no se les tenía en cuenta al momento de efectuar la liquidación de la asignación

³ Folio 30 reverso, del cuaderno de primera instancia.

de retiro el subsidio familiar, colocándolos en una situación de desigualdad frente a sus compañeros.

1.3. Contestación de la demanda⁴.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a través de apoderado judicial, ejerció su derecho de contradicción, oponiéndose a las pretensiones y hechos de la demanda, exceptuando el supuesto relacionado con el reconocimiento de la asignación de retiro.

Hizo referencia, a la legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes. También argumentó en su defensa, sobre la inexistencia de fundamento para la inclusión del subsidio familiar, como partida computable y la inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste del 40 al 60%; así como de la correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro.

Como medios de defensa, propuso las excepciones de: *no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; no configuración a la violación del derecho a la igualdad; y prescripción de mesadas según reajuste.*

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 31 de julio de 2017, inaplicó por inconstitucional el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y declaró la nulidad de los actos acusados.

En consecuencia, condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL -, a reliquidar la asignación de retiro del señor NELSON GARCÍA

⁴ Folios 44 - 47, cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 96 - 110, cuaderno de primera instancia.

CANTERO, debiendo adicionar el subsidio familiar como partida computable (1 smlv + 40% + subsidio familiar)⁶ y a lo anterior aplicarle el 70%; resultado que a su vez, debía adicionarle el 38.5% del sueldo básico correspondiente a la prima de antigüedad.

A su vez, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, para reajustar con base en el artículo 1º, inciso 2, el salario básico que devengó el demandante como Soldado Profesional.

Y declaró no probada la excepción de prescripción extintiva, del derecho del demandante.

Fundamentó el *A quo*, que CREMIL no era la entidad legitimada para reajustar el sueldo básico que el demandante devengó en servicio activo como Soldado Profesional, sino que lo era la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, por ser la entidad empleadora del actor; por tanto, era ante este ente, ante quien debía plantearse tal reajuste del 60%, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Por otro lado, estimó el Juez de primer grado, que el demandante estuvo vinculado como soldado profesional y estaba demostrado, que devengó el subsidio familiar en su última nómina, por lo que con el fin de proteger su derecho fundamental a la igualdad, era procedente inaplicar el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por inconstitucional.

Respecto a la prima de antigüedad, como partida computable de la asignación de retiro (38.5%), indicó, que la entidad desconoció al demandante el derecho a recibir el monto legal de dicha asignación, porque la fórmula que aplicó, no correspondía a lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y al principio de favorabilidad.

⁶ En el porcentaje devengado en la fecha del retiro (4% del sueldo básico)

1.5.- El recurso⁷.

La parte demandante recurrió la anterior decisión, en cuanto negó el reajuste del 20% solicitado en aplicación de lo normado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, a fin de que se tenga como salario base de liquidación el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Al efecto trajo a colación las normas relacionadas con el tema y la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016⁸, para insistir en que los Soldados Profesionales tienen derecho al reajuste de la asignación de retiro solicitada.

Afirmó, que en la actualidad muchos Soldados Profesionales se encontraban disfrutando de la asignación de retiro en las que se les tuvo en cuenta los reajustes aquí reclamados, como consecuencia de decisiones judiciales proferidas a su favor; por lo que la decisión del A-quo, lo colocaba en condiciones de inferioridad e indefensión y vulneraba su derecho a la igualdad.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 13 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante⁹.
- En proveído del 12 de febrero de 201, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión¹⁰, llamado al que acudió la parte demandante¹¹, en los siguientes términos:

⁷ Folios 114 - 116 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Radicación No. 85001333300220130006001.

⁹ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 11 – 17, cuaderno de segunda instancia.

Argumentó, que la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, no resultaba aplicable al caso en mención, toda vez que el Consejo de Estado había manifestado en reiteradas ocasiones que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, era la entidad encargada de atender todas las solicitudes relativas a los derechos pensionales de los miembros de las Fuerzas Militares.

Aunado a lo anterior, adujo, que el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13, establecía las partidas computables a tener en cuenta para la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y en su numeral 13.2.1, sostenía que para los Soldados Profesionales la asignación de retiro será un porcentaje del *“salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del decreto ley 1794 del 2000”*. Por lo que podía afirmar, que CREMIL, debió remitirse a la norma para consultar, cual era el salario que devengaba un Soldado Profesional.

Indicó que CREMIL, como entidad encargada de pagar las asignaciones de retiro, tenía la facultad de revisar las asignaciones salariales percibidas y en caso de encontrar alguna inconsistencia, podría solicitarle al Ministerio de Defensa que procediera a revisar la asignación salarial mensual.

Así mismo, reiteró sus posturas frente a la solicitud de reajuste de su asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% del mínimo, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; se tenga en cuenta la prima de antigüedad de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% como prima de antigüedad; y se incluya el subsidio familiar, como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.

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.

2.2. Problema Jurídico.

De conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos descritos, el problema jurídico a desatar es: ¿Está legitimada en la causa por pasiva CREMIL, para reajustar el sueldo básico que devengó el demandante como soldado profesional, con miras a que se reliquide su asignación de retiro?

De ser así, ¿debe disponerse la reliquidación de la asignación de retiro, de conformidad con lo pedido por la apelante?

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 de la problemática de esta acción, lo consignado en el artículo 6 de dicha normativa que reza:

“ARTÍCULO 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 obligatorio¹², 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:

“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.

¹² 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**¹³, los cuales 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:

¹³ 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 alternativo 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 2016¹⁴, 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 1985,¹⁵ estableció la posibilidad de que quienes hubieren prestado su

¹⁴ 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.

¹⁵ *Ib.*

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, manifesten 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 trancitas, 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 1985,¹⁶ 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.

¹⁶ 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 1985,¹⁷ 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

¹⁷ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

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 1985,¹⁸ 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 2000¹⁹ 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

¹⁸ Ib.

¹⁹ 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.

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.”

En lo que tiene que ver con la incorporación de los soldados profesionales, los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto Ley 1793 de 2000,²⁰ 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 las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.

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

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

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

²⁰ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

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

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

De acuerdo con las disposiciones transcritas, 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 1985²¹ 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 2000,²² 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

²¹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

²² Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

<p>Soldados profesionales que venían como voluntarios</p>	<ul style="list-style-type: none">• 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.
<p>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</p>	<ul style="list-style-type: none">• 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 2000,²³ 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 2003,²⁴ por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales.

²³ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

²⁴ 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.

En conclusión de lo hasta ahora expuesto, a partir de lo normado en el Decreto Ley 1793 de 2000,²⁵ 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 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 2000,²⁶ 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 1992,²⁷ 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).

²⁵ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

²⁶ Ib.

²⁷ 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.

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 2000²⁸ 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 2000:²⁹

“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 2000³⁰ 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

²⁸ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

²⁹ Ib.

³⁰ Ib.

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 2000,³¹ 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 1985,³² cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4° de la Ley 131 de 1985,³³ 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 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,³⁴ 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 1992³⁵ y el Decreto Ley 1793 de 2000,³⁶ consiste en que los

³¹ Ib.

³² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

³³ Ib.

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

³⁵ 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,

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 1793³⁷ y 1794³⁸ de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.³⁹

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴⁰ 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 1985,⁴¹ 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 1985⁴² 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,

de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

³⁶ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

³⁷ Ib.

³⁸ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

³⁹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

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

⁴¹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁴² Ib.

del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁴³ 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 2000,⁴⁴ 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 1793⁴⁵ y 1794⁴⁶ 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 2000,⁴⁷ que se prohija 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 2000.⁴⁸

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

⁴⁴ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴⁵ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴⁶ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴⁷ Ib.

⁴⁸ Ib.

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁴⁹ 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 1985,⁵⁰ 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 la Alta Corporación en la misma decisión, 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”.

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 2000,⁵¹ 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 2000,⁵² la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los

⁴⁹ Ib.

⁵⁰ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁵¹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁵² Ib.

términos de la Ley 131 de 1985,⁵³ 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 10⁵⁴ y 174⁵⁵ de los Decretos 2728 de 1968⁵⁶ y 1211 de 1990,⁵⁷ respectivamente".

2.3.2. Caso concreto

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala observa de la hoja de servicios del Infante de Marina Profesional (r) NELSON GARCÍA CANTERO⁵⁸, que el mismo ingresó al servicio militar obligatorio el 16 de septiembre de 1989, pasando luego a convertirse en Soldado voluntario de las Fuerzas Armadas (Infante Voluntario) el 1º de abril de 1991 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.

⁵³ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁵⁴ "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

⁵⁷ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

⁵⁸ Folio 22 del cuaderno de primera instancia.

Ahora bien, en la sentencia recurrida, la Juez de primer grado declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, para reajustar con base en el artículo 1º, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, el salario básico que devengó el demandante en servicio activo como Soldado Profesional, toda vez que no era la entidad legitimada para ello, en tanto tal labor debía cumplirla la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, por ser la entidad empleadora del actor y en tal sentido, era ante esta última, ante quien debía plantearse tal reajuste del 60%, de conformidad con lo dispuesto en la norma indicada.

El anterior argumento no es acogido por este Tribunal, por las siguientes razones.

En el caso de marras, se está discutiendo 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-.

Por ende, al existir inconformidad 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, al momento de aplicarlas y proceder al 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.

Siendo así y debido a las apreciaciones elevadas en apartes precedentes, este Tribunal, **revocará** el numeral 3.5 y **adicionará** el numeral 3.4 del fallo de primera instancia en lo que corresponde, en tanto, no se discute que el derecho reclamado no exista, pues, para ello, resulta aplicable el marco normativo que se ha expuesto y especialmente, la sentencia de unificación a que se hizo alusión.

3.- **Condena en costas.**

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandada y liquídense, de manera concentrada, por el Juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

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: ADICIONAR el numeral 3.4 de la sentencia datada 31 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el siguiente sentido:

*“**CONDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL -, a reliquidar la asignación de retiro del señor NELSON GARCÍA CANTERO, tomando como salario base de liquidación un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, conforme a lo indicado en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 3.5 de la sentencia datada 31 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. En su lugar, se dispone:

*“**NO DECLARAR PROBADA** la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, para reajustar, la asignación de retiro del actor, considerando los reajustes que recaen sobre lo percibido en servicio activo, conforme lo expuesto”*

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

CUARTO: Ejecutoriada este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0110/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA