



Cartagena de Indias D.T. y C, Veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00455-01
Demandante	ARLEY DE JESUS PINO TREJOS
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Reajuste de su asignación de retiro

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de fecha catorce (14) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES (FLS. 14-15)

La Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio n° 39220 de fecha 11 de junio de 2015 proferido por Cremil, mediante la cual negó el reconocimiento y pago del incremento del S.M.M.L.V del 40% al 60%.

Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio n° 39220 de fecha 11 de junio de 2015, mediante el cual negó la reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad con el art. 16 del decreto 4433 de 2004.

Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio n° 39220 de fecha 11 de junio de 2015, mediante el cual negó el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la resolución de asignación de retiro de la Prima de Navidad.

Como consecuencia de la declaratorias y a título de restablecimiento del derecho, se condene a Cremil, al reconocimiento y pago a favor del actor de los dineros indexados junto con los intereses de ley, desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de actualización del pago total de la obligación:



- La reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004.
- El reajuste de la asignación de retiro del 40% al 60% de conformidad con el inciso segundo del art. 1 del decreto 1794 de 2000.
- La inclusión y reliquidación de la prima de navidad en la asignación de retiro de conformidad con el decreto 4433 de 2004 art. 13 numeral 13.1.8.

2.1.2. HECHOS. (fls. 13-14)

Relata el actor en síntesis lo siguiente:

El actor ingreso a laboral al Ministerio de Defensa en condición de soldado regular; la vinculación del demandante estuvo regida por los parámetros establecidos en la ley 131 de 1985.

A partir del 01 de noviembre de 2003, la vinculación del demandante estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y el decreto 4433 de 2004, el actor estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años.

Cremil, le reconoció la asignación de retiro mediante resolución n° 4288 del 16 de septiembre de 2011; la liquidación fue efectuada con base en un S.M.M.L.V más el 40%.

Mediante oficio n° 47514 de fecha 26 de mayo de 2015 el demandante radico petición ante CREMIL, solicitando la reliquidación del s.m.m.l.v más el 60% en la asignación de retiro.

En la resolución de la asignación de retiro del demandante, la liquidación del 70%, al aplicar la formula no atiende lo establecido en el art. 16 del decreto 4433 de 2004.

Mediante oficio n 47514 de fecha 26 de mayo de 2015 el demandante radico petición ante Cremil, solicitando la reliquidación de la asignación de retiro del 70% conforme lo establece el art. 16 del Decreto 4433 de 2004; mediante oficio n° 39220 de fecha 11 de junio de 2015, Cremil negó el derecho al demandante solicitando la reliquidación de la asignación de retiro del 70%.



En servicio activo el demandante devengaba prima de navidad, en la resolución de liquidación de la asignación de retiro del demandante no le fue incluido la duodécima parte de la prima de navidad.

Mediante oficio n° 47514 de 26 de mayo de 2015, el actor radico petición ante la Caja de Retiro, solicitando el reconocimiento de la doceava parte de la Prima de Navidad su inclusión y pago.

Por medio de oficio n° 39220 de fecha 11 de junio de 2015, CREMIL, negó el derecho al demandante el reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad su inclusión y pago.

2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO. (fls. 16)

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- 1) Constitucionales: artículos 2, 4, 6, 13, 26 y 53.
- 2) Legales: ley 4 de 1992, ley 131 de 1985, decreto 4433 de 2004, decretos 1793 y 1794 de 2000.

Concepto de violación.

Aduce que, las normas de rango Constitucional citadas se vulnera de manera flagrante por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al efectuar una liquidación de la asignación de retiro del demandante del reajuste del 40% al 60% la reliquidación del 70%, la no inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad por una indebida interpretación de la norma vulnerando con ello los derechos establecidos en la Constitución Política.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (fls. 37-42)

Se opone a las condenas a título de restablecimiento del derecho, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.



El numeral 13.2.1 del art. 13 de decreto 4433 de 2004 hace remisión expresa al inciso 1 del art. 1 del decreto 1794 de 2000 al regular el tema del salario mensual de los señores soldados profesionales e infantes de marina y su respectivo incremento, para liquidar la asignación de retiro, por tal motivo, la asignación de retiro será un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario.

En otras palabras, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el inciso 1 del art. 1, que se refiere a un incremento del 40%, a pesar que el demandante insista en que se aplique el inciso 2, el cual se refiere a un 60%.

En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV mas el 70% de conformidad con el art. 16 del decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado el 38.5% de la prima de antigüedad, tal y como ha estado aplicándolo esta entidad.

Por otro lado, en lo atinente a la prima de navidad, en el art. 169 del decreto 4433 de 2004 se consagran en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de una asignación de retiro.

Al respecto, nótese como la norma establece en forma expresa la forma en que debe reconocérsele la asignación de retiro, sin entrar a contemplar la posibilidad de factores adicionales, como podrían ser el subsidio familiar, la prima de navidad, el 4% de la prima de antigüedad, la prima de vacaciones, la prima de servicios, bonificaciones, subsidios, auxilios, compensaciones, o cualquier otra partida que pudiera pretender el actor.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de una hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicios y el salario devengado, para fines prestacionales.

Es así, que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja; por tanto, la entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de la correspondiente prestación.



Teniendo en cuenta lo anterior y frente al caso en comento, tenemos que, en la hoja de servicios militares correspondientes al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar, dentro de las partidas computables para la asignación de retiro.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (Fls. 81-93)

El Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 14 de junio de 2016, concedió las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia de la siguiente manera:

Conforme la prueba allegada legalmente, se tiene que el señor Arley Jesus Pino Trejos estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el 02 de febrero de 1989 como soldado regular hasta el 30 de octubre de 1990; inicio como soldado voluntario el 30 de noviembre de 1990 hasta el 13 de agosto de 2003 y a partir del 14 de agosto de 2003 continuo como soldado profesional hasta el 29 de agosto de 2011, con un total de tiempo prestado de 22 años, 2 meses y 14 días hasta el 29 de septiembre de 2006.

Respecto si los mencionados actos administrativos violan el art. 1 del decreto 1794 de 2000, en concordancia con el art. 38 del decreto 1793 de 2000, teniendo en cuenta que al estar vinculado a 31 de diciembre de 2000 como soldado voluntario le era aplicable el devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% y no del 40% como se hizo para liquidarle la asignación de retiro.

El demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2 del art. 1 del decreto 1794 de 2000, por cuanto se encontraba vinculado como soldado con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, pues de conformidad con la certificación allegada por la entidad a folio 9, el actor se vinculo en dicha calidad a partir de 1989. Razón por la cual tiene derecho a una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Respecto a la prima de navidad reclamada por el accionante para ser tenidas en cuenta al momento de la liquidación de la asignación de retiro, debe dejarse claro que esta judicatura no encuentra viable dicha solicitud al estar claramente determinado mediante el decreto 4433 del 2004, régimen de prestaciones sociales de los soldados profesionales pertenecientes a las fuerzas militares.



2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

2.4.1. CREMIL. (fls. 95-102)

Se colige que la entidad demandada aplica 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 está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimientos de asignación de retiro, para los soldados profesionales, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado.

De otra parte, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de una hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, para fines prestacionales; documento que se constituyen en la pieza idónea para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la entidad en los términos del art. 234 y 235 del decreto ley 1211 de 1990.

Teniendo en cuenta lo anterior y frente al caso en comento, tenemos que, en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar, dentro de las partidas computables para asignación de retiro, a la cual hace mención el accionante y sin que este hubiere controvertido dicho acto administrativo gozando de plena legalidad, por lo tanto y en gracia de discusión, el actor debió dirigirse ante la autoridad administrativa respectiva con el fin que le aclararan dicha situación y no pretender que la Caja asuma una carga prestacional que no le corresponde y entre a modificar una información careciendo de competencia para ello.

Aunado a lo anterior y en el evento en que la hoja de servicios estableciera porcentaje alguno por concepto de subsidio familiar, tampoco sería posible reconocer dicha partida en la medida en que el legislador no la contemplado para tales efectos, como se desprende de su tenor literal, contenido en los art. 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004.



En cuanto al incremento del 60%, se puede evidenciar claramente que, para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del art. 1 del decreto 1794 de 2000, que menciona el incremento del salario en un 40% pues debe hacerse una interpretación integra de la normatividad, ya que indudablemente con la expedición del decreto 1794 de 2000, se mejoraron las condiciones salariales y prestacionales de los soldados profesionales, por lo que no puede indicarse como lo dice la parte demandante, que existe una disminución salarial por el 20%

2.4.2. demandante. (fls. 103-106)

Es respetable, mas no de recibido por esta defensa los argumentos esgrimidos por el a-quo respecto del interpretar de la negativa de la duodécima parte de la prima de navidad prestaciones objeto de la demanda, toda vez que el a-quo desconoce el derecho de igualdad respecto de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

El reconocimiento, inclusión y pago de la duodécima parte de la prima de navidad como prestación social corre la misma suerte que el subsidio familiar en favor del actor, toda vez que se debe aplicar el art. 16 del decreto 4433 de 2004 según la clara exegesis e inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Lo anterior es violatoria del derecho a la igualdad material respecto de los demás miembros de las fuerzas militares, que, si se les reconoce la duodécima parte de la prima de navidad, en asignación de retiro.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 03 de agosto de 2016, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 26 de agosto de 2016.

Mediante auto de 15 de marzo de 2017, se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En esa misma providencia, se indicó que en firme la decisión de la admisión de la alzada, se le diera cumplimiento al numeral 4 del art. 247 de la ley 1437 de



2011, corriéndose traslado a las partes por el termino de 10 días para que leguen de conclusión.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Las partes no presentaron alegatos.

2.7. MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación impetrado por las partes, contra la sentencia proferida el 14 de junio de 2016, por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena.

Competencia.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se



cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 320 y 328 del C.G.P., que consagra:

“Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”¹.”

PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia, en conceder parcialmente las prevenciones de la demanda, se ajusta o no a derecho.

TESIS DE LA SALA.

Esta Sala de Decisión, declarará de oficio la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, respecto a la

¹ El principio contenido en el aforismo latino *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.



reliquidación de la asignación de retiro del actor aplicando el inciso final del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, tomando como base una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, atendiendo a que tal pedimento debía invocarse al ente nominador Nación - Ministerio de Defensa - ramada Nacional y no a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, puesto que esta entidad no tiene dentro de sus funciones la facultad de disponer el reconocimiento y pago de dicho emolumento que en sí constituye salario.

De otro lado, la Sala confirmará las demás decisiones del A Quo en cuanto ordenó aplicando debidamente los porcentajes consagrados en los artículos 16 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto al momento de su liquidación, la demandada desconoció dicho precepto, al computar el porcentaje de liquidación del 70% sobre la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, siendo que este debe ser aplicado únicamente al sueldo básico, y lo que de ello resulte debe adicionarse con el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto deba hacerse un descuento adicional y la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, con la inclusión del subsidio familiar en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad fijada por el precedente del Consejo de Estado.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Del Incremento de la Asignación de retiro al 60%

Para determinar la asignación mensual a la que tiene derecho un soldado profesional que venía sirviendo como soldado voluntario ha de analizar las normas invocadas en la demanda, que regulan este tema en particular.

El artículo 1 de la Ley 131 de 1985 estableció la posibilidad de que aquellas personas que hubiesen prestado su servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados a las Fuerzas Militares, bajo la modalidad del servicio militar voluntario, si así lo deseaban.

De igual manera, dispuso que quienes asumieran la condición de Soldados Voluntarios, en los términos del artículo 1 ibídem, devengarían una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, la cual debía verse incrementada en un 60% sobre el referido salario.



Para mayor claridad, se transcribe las disposiciones de la Ley 131 de 1985:

“ARTÍCULO 1o. 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 2o. 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 1o. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

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

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.”.

Negrilla de la Sala.

Posteriormente, a través de la Ley 578 de 14 de marzo de 2000, se le confirieron facultades al Presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de seis (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 virtud de las facultades otorgadas, el Presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 “por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares” a través del cual se definió, en primer lugar, la condición de Soldado Profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

Esta última disposición, estableció en el párrafo de su artículo 5, la posibilidad de que los Soldados Voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como Soldados Profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y respetando el porcentaje de la “prima de antigüedad” a la que tenían derecho.

A continuación, se transcribe en el referido párrafo del artículo 5 del Decreto 1793 de 2000:

“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.

PARAGRAFO. 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.". (Negrilla de la Sala)

En armonía con lo anterior, observa la Sala que el citado Decreto 1793 de 2000, en su artículo 38² dispuso que el Gobierno Nacional expediría los regímenes salariales y prestacionales de los Soldados Profesionales, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 4 de 1992 y, en todo caso, sin desmejorar los derechos adquiridos.

De acuerdo con lo anterior, y especialmente en lo dispuesto en el artículo 38 ibídem, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1794 de 2000, estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que en su artículo 1 definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los Soldados Profesionales.

En efecto, el Gobierno Nacional dispuso que los Soldados Profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares por primera vez a partir de la vigencia del referido Decreto, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Por su parte, los Soldados Voluntarios, esto es, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares de acuerdo a los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su incorporación como Soldados Profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

² "ARTÍCULO 38. REGIMEN 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."



Sobre este particular, la Sala se permite transcribir los apartes más relevantes del referido Decreto 1794 de 2000:

"ARTICULO 1. ASIGNACION 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%).

ARTICULO 2. (...)

PARAGRAFO. 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."

De conformidad con todo lo expuesto, la Sala precisa que la Ley 131 de 1985 estableció la posibilidad de que quienes prestaran el servicio militar obligatorio continuaran vinculados a las Fuerzas Militares en forma voluntaria devengando una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, incrementado en un 60% sobre el mismo salario.

No obstante lo anterior, el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 fijó el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y, a su turno, el Régimen Salarial y Prestacional de los referidos Soldados precisando que, en relación con los Soldados Profesionales era necesario diferenciar de quienes se vinculaban al servicio, por primera vez, a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000 y de los que, en su condición de Soldados Voluntarios, fueron incorporados en calidad de Soldados Profesionales.

De hecho, las respectivas disposiciones distinguen de manera clara, que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000 el personal de "varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas Militares" gozaría de la condición de Soldados Profesionales, y además precisó que unos se vinculaban por primera vez al servicio de las Fuerzas Militares, esto es, a partir del 31 diciembre de 2000 (Fecha de entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000) y otros, ya venían vinculados, en condición de Soldados Voluntarios, atribuyéndole efectos distintos en materia salarial a unos y otros.



En lo concerniente a los soldados profesionales, que se vinculaban por primera vez, es decir, a partir del 31 de diciembre de 2000, se estableció que tendrían a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta a los que venían soldados voluntarios se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

Bajo este supuesto, para la Sala es evidente que las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985.

Es importante recordar, en este punto, que el Decreto 1793 de 2000 en su artículo 38 dispuso que le correspondía al Gobierno Nacional expedir los regímenes salariales y prestacionales de los Soldados Profesionales, con estricta observancia a las disposiciones de la Ley 4 de 1992 y, **en todo caso, respetando los derechos adquiridos de quienes ya venían vinculados al servicio.**

Cabe destacar para el caso que la Ley 4ª de 1992 en su artículo 2 estableció entre los criterios y objetivos que debe seguir el Gobierno Nacional, para fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos: ***“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.”***

Siendo esto así, el hecho de que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1794 de 2000 haya dispuesto conservar el incremento legal del 60% a favor de los Soldados Voluntarios que fueron incorporados como Soldados Profesionales no puede ser interpretado de manera distinta, sino como una decisión de respeto por los derechos adquiridos de estos Suboficiales de la Fuerza Pública, quienes conforme a las disposiciones de la Ley 131 de 1985 habían adquirido el derecho de percibir el referido incremento en razón a la naturaleza misma de la actividad que venían desarrollando al servicio de la Fuerza Pública.

Ahora bien, en este punto, la Sala debe decir, que la aplicación de las disposiciones previstas en el Decreto 1794 de 2000, en lo que toca con el incremento del 60% de los soldados Profesionales incorporados, no ha sido pacífica en sede administrativa toda vez que, como ocurre en el caso concreto, las Fuerzas Militares han argumentado que los referidos Soldados no tienen derecho al percibir el incremento en un porcentaje igual al 60% dado, que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas militares gozan de una serie de prestaciones que con anterioridad no les eran



reconocidas lo que en la práctica compensa la reducción al 40% del citado incremento.

Sin embargo, la Sala rechaza esta interpretación toda vez que ella en la práctica implicaría adoptar la renuncia implícita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional³.

En este mismo sentido, tampoco resulta aceptable el argumento de la supuesta violación al principio de la inescindibilidad de las normas que trae consigo, a estos casos, la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 toda vez que, como quedó visto en precedencia, no se trata de la escisión o fragmentación de las disposiciones del referido Decreto, sino por el contrario, se trata de la aplicación directa de su primera disposición esto es la que regula todo lo concerniente a la asignación que deben percibir los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

Resalta la Sala, que el Consejo de Estado, en sede de tutela ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, razón por la resulta pertinente traer apartes de algunas de esas providencias⁴.

En sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2012-01189-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, se expresó que:

"El accionante alegó que el Tribunal en la providencia censurada afirmó que a él le aplicaba íntegramente el Decreto 1794 de 2000, que establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales del Ejército Nacional, pero que, en síntesis, inaplicó el inciso 2º del artículo 1º de esa norma.

En este punto, le basta a la Sala con verificar el contenido de la norma que se alega inaplicada y los fundamentos de la providencia censurada ya analizados, para concluir que, en efecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", con sentencia de 24 de mayo de 2012, si bien transcribió la norma a folio 11 del fallo, no tuvo en cuenta su contenido, y además, inexplicablemente concluyó que el

³ Ver artículo 217 de la Constitución Política.

⁴ Esta tesis ha sido reiterada por el Consejo de Estado – Sección Segunda en sentencias de tutela de 16 de marzo de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2014-02434-01 M.P. Gerardo Arenas Monsalve y de 24 de junio de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2015-01256-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



interés del actor era el de obtener la aplicación simultánea de dos regímenes.

El contenido del artículo del Decreto 1794 de 2000 que alega inaplicado el tutelante es el que la Sala resalta a continuación:

"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%)."

Y el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 dice:

"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 seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (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."

Como ya advirtió la Sala, una vez el Tribunal transcribió las anteriores normas, construyó una argumentación tendiente a concluir que el actor estaba cobijado por el régimen de los soldados profesionales (Decretos 1793 y 1794 de 2000) y que en esas condiciones contaba con beneficios que no tuvo como soldado voluntario, y que solo bajo la Ley 131 de 1985 podía devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuando lo cierto es que el Legislador extraordinario, en la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y por ello previó que solo en ese evento, el salario que los últimos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos soldados que ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestados sus servicios como voluntarios, pues para ellos el pago sería de "un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario".

Entonces, a diferencia de como lo consideró el Tribunal tutelado, el actor no estaba solicitando la aplicación de dos regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, sino la observancia del régimen de transición previsto en la norma que le era aplicable, esto es, el Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", al proferir la



sentencia de 24 de mayo de 2012, incurrió en la irregularidad de naturaleza sustantiva alegada por el tutelante, pues inaplicó, sin razón alguna, el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normativa regía por completo la situación del señor Cabezas Quiñones.

(Negrilla de la Sala)

Así mismo, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 16 de octubre de 2014, expediente núm. 2014-02293-00. M.P. María Elizabeth García González manifestó sobre el particular lo siguiente:

(...) El Tribunal Administrativo de Casanare interpretó la norma de manera equivocada, toda vez que entendió que el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, hace referencia exclusivamente a los soldados voluntarios quienes devengarán una asignación mensual consistente en un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, como lo establecía la Ley 131 de 1985. Sin embargo, lo realmente pretendido por el Legislador con la disposición en comento, fue establecer un régimen de transición para aquellos soldados que al 31 de diciembre de 2000, fungían como voluntarios, pero que con posterioridad pasaban a ser profesionales, a quienes su asignación básica mensual corresponde a un salario mínimo incrementado en un 60%; diferente del evento estipulado en el inciso primero de la norma bajo análisis, según el cual, los soldados profesionales que no hubiesen prestado sus servicios con anterioridad como voluntarios, tendrán derecho a una asignación de un salario mínimo incrementado en un 40%.

Resulta claro para la Sala, así como lo fue para la Sección Quinta de esta Corporación en la sentencia citada en precedencia, que el Tribunal accionado incurrió en una imprecisión al considerar que debía aplicar el régimen más favorable entre el establecido en el Decreto 1794 de 2000 y la Ley 131 de 1985, pues de la simple lectura de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, se advierte claramente que no hay contraposición entre los regímenes, **pues lo que pretende el Legislador es la salvaguarda de los derechos adquiridos por los soldados que con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, prestaban sus servicios como voluntarios y que con posterioridad a dicha fecha expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales, evento en el cual se les aplicará en su totalidad el Decreto 1794 de 2000, como lo indica el parágrafo del artículo 2°, pero su asignación mensual no equivaldrá a un salario mínimo incrementado en un 40%, sino en un 60%, toda vez que la primera solamente aplica para los soldados que no fueron voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000."**

(Resalta la Sala)

Finalmente, sobre este tópico, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, con ponencia de la Dra. SANDRA LISETT IBARRA VELEZ, dictó Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 de 25 de agosto de 2016, **Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2 No. 003/16 - Actor: BENICIO ANTONIO CRUZ Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FUERZAS MILITARES DE**



COLOMBIA - EJÉRCITO NACIONAL. Tema: Con fundamento en el inciso 2º, del artículo 1º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tiene derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%. En la misma quedó plasmado lo siguiente:

"(...) SENTENCIA DE UNIFICACION – Reajuste salarial de soldados voluntarios / REGLAS JURISPRUDENCIALES – Del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, 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, 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, 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 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.

SOLDADO VOLUNTARIO – Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% / PRESCRIPCIÓN – Cuatrienal por reclamación en sede gubernativa

Para la Sala, el hecho que el accionante se hubiera desempeñado, en primer lugar, como soldado voluntario y luego hubiere sido incorporado como soldado profesional, no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, equivalente al 60% de un salario mínimo



legal mensual vigente, toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones.

En relación con el argumento de una redistribución al reconocerle otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibía, precisa la Sala, que la circunstancia de que el accionante, en su condición de soldado profesional, se benefició de una serie de prestaciones sociales, que con anterioridad no devengaba como soldado voluntario, no implica per se una razón constitucional y legalmente aceptable para negarle el pago de salario básico previsto en el inciso 2º, del artículo 1º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 que antes devengaba, toda vez que, así lo fijó dicho estatuto al determinar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, que venían como voluntarios; normatividad que en ninguno de sus apartes, condicionó la posibilidad de percibir las demás prestaciones sociales en él contempladas a la renuncia de derechos previamente adquiridos⁵.

(...)"

De lo anterior se concluye que los soldados que antes del 31 de diciembre del año 2000, prestaban sus servicios como voluntarios y que con posterioridad a dicha fecha expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales; Tienen el derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado al 60% y no al 40%.

Del Subsidio Familiar como partida computable para la asignación de retiro

El subsidio familiar es un factor salarial establecido para los soldados de las Fuerzas Militares en el Decreto 1211 de 1990, equivalente al 4 por ciento del salario básico y de la prima antigüedad. Igualmente, mediante el Decreto 1794 de 2000, se reconoció a los soldados profesionales de las Fuerzas Armadas, el

⁵ Por auto 6 de octubre de 2016, los numerales 1 y 7 de la sentencia fueron objeto de aclaración los cuales quedaron, así:

«PRIMERO.- UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación del Decreto Ley 1793 de 2000, fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.»

«SEPTIMO.- 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 atenderse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente; término que deberá contabilizarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta el momento en que se presente la respectiva reclamación por el interesado, mas no la fecha de ejecutoria de esta sentencia.»



derecho a devengar una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40% o 60% según su fecha de vinculación, prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio familiar, entre otros, señalando en su artículo 11 que los soldados profesionales de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Ha sido reconocido por la Corte Constitucional, como una prestación social derivada del derecho fundamental a la seguridad social que, en Colombia, ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios más bajos y los más altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

En cuanto a su inclusión como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de octubre de 2013⁶ fijó el precedente judicial que hoy es aplicado y reiterado en la jurisprudencia de esa Corporación, según el cual no resulta ajustados al artículo 13 constitucional, que mientras dicho concepto sea incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales, no ocurra lo mismo con los Soldados Profesionales:

"(...) Con base en lo expuesto, la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el "subsidio familiar" es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales "(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.", es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su

⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 17 de octubre de 2013. Exp. 11001-03-15-000-2013-01821-00 C.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez. Precedente reiterado en la siguiente providencia: CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN PRIMERA-Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014).-CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.-Ref.: Expediente núm. 2014-02292-01.-ACCIÓN DE TUTELA. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.



cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

*En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; **también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad**, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.*

En consecuencia, se tutelaré el derecho fundamental a la igualdad y en consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 18 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Narces López Bermúdez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Expediente No. 2011-00245-01.

En su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima que dentro del término de cuarenta (40) días profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, es decir, inaplicando por inconstitucional en este caso, la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar." (Negritas fuera del texto).

Ahora bien, frente al desconocimiento del anterior precedente el mismo Consejo de Estado, indicó en providencia del 29 de abril de 2015⁷:

"(...) Si la finalidad del subsidio familiar es contribuir al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, resulta violatorio del derecho a la igualdad que tal beneficio prestacional no se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y sí en la de los oficiales y suboficiales.

Por lo tanto, es acertado inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a fin de permitir que el subsidio familiar se incluya en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.

El Tribunal Administrativo de Antioquia desatendió la anterior regla jurisprudencial, pues negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, con el argumento de que la "experiencia, preparación y responsabilidades" exigidas para desempeñarse como soldado profesional son distintas a las de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

⁷ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS-Bogotá, 29 de abril de 2015-REF.:Expediente N° 11001-03-15-000-2015-00380-00-Demandante: Jairo Jaraba Morales -Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia y otro-Sentencia de tutela de primera instancia



A juicio de la Sala, esa razón desconoce que el objeto de ese beneficio no es otro distinto que servir de auxilio económico para el mantenimiento del núcleo familiar del trabajador y priva a los soldados profesionales del mismo, a pesar de son los servidores que más lo necesita, por tener menor jerarquía, grado y salario en la estructura del Ejército Nacional.

Están resueltos, pues, los problemas jurídicos planteados:

- i) (...)
- ii) **En cuanto al reajuste de la asignación de retiro del actor, con inclusión del factor denominado subsidio familiar, la providencia atacada desconoció el precedente fijado en la sentencia del 17 de octubre de 2013 por la Sección Segunda de esta Corporación.**

(...) En consecuencia, le ordenará que, dentro del término de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, **profiera una nueva decisión en la que inaplique por inconstitucional la disposición que excluye el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.**" (negrillas de la Sala).

Finalmente, se encuentra que el Decreto 4433 de 2004, señala que cuando el subsidio familiar deba ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro, no sufrirá variación por hechos ocurridos con posterioridad al retiro:

"Artículo 5o. Cómputo de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que, al Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía."

En ese orden de ideas el subsidio familiar hace parte de las partidas computables para la liquidación de la asignación de servicios.

Caso concreto.

Partidas computables.

El señor Arley de Jesus Pino Trejos, fue retirado Infante de Marina profesional de la Armada, a través de la Resolución No. 4288 del 16 de septiembre de 2011; se le reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro, teniendo en cuenta la normatividad aplicable al momento de retiro del actor, es decir, el Decreto 4433 de 2004. En el siguiente sentido:

- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 33 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del art. 1 del decreto 1794 de 2000)
- Adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.





El art. 16 del decreto 4433, establece que la asignación de retiro de los soldados profesionales es equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

El numeral 13.2.1, nos remite al inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, el cual dispone:

"ARTICULO 1. ASIGNACION 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 de la Sala)

Como ya se definió por el a-quo en el caso sub examine es aplicable el inicio segundo del citado art. Esto quiere decir que se le debe pagar un 70% de un salario mínimo incrementado en un 60%.

En ese orden de ideas se observa que la liquidación realizada por Cremil fue teniendo en cuenta la cuantía del 70% del salario mensual, indicado en el numeral 13.2.1 y adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

La norma es clara en disponer que los soldados profesionales devengarán una asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, o sea un salario mínimo incrementado en el 40% en este caso 60%; e incrementarle el 38.5% de prima de antigüedad.

Ahora bien, en relación acreencias laborales computables para la asignación de retiro, el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 13 y 16 dispone lo siguiente:

"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:

(...)

13.2 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.

ARTICULO 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 puntos 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 de la Sala)*

De acuerdo con lo anterior, se concluye que, si bien es cierto que la prima de navidad, es un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

En sentencia de tutela el Honorable Consejo de Estado⁸ respecto a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de las fuerzas militares dispuso que solo es computable la asignación de servicios es el salario básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar, este último se tiene en cuenta con base al derecho a la igualdad, y que las demás partidas no son computables.

Así las cosas, el actor no tendría derecho a que se le reliquidar la asignación de servicios con el factor prima de navidad, debido a que los factores en el régimen especial militar son taxativos, esto quiere decir que solo se tienen en cuenta para liquidación de la asignación de retiro los que la norma establezca y en este caso estableció para los soldados profesionales solo el salario básico y la prima de antigüedad, por lo que no le asiste derecho al actor por ser soldado profesional, a que se tenga en cuenta la prima de navidad como computo de la asignación de retiro.

En conclusión, si bien fue contemplada la prima de navidad para el soldado profesional en actividad, dicho factor salarial no fue tenido en cuenta como

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014). CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Expediente núm. 2014-02292-01. ACCIÓN DE TUTELA. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.





partida computable para la determinación de la asignación del retiro del soldado profesional de conformidad los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, contrario a lo regulado para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares a quienes sí se les tiene en cuenta dicha partida.

Así las cosas, no le asiste la razón al demandante que se le tenga como partida computable la prima de navidad para la liquidación de la asignación de retiro.

De la legitimación en la causa por pasiva de Cremil en el Incremento de la Asignación de retiro al 60%

El Dr. Morales Molina, en su libro curso de derecho procesal civil, al exponer que la legitimación es la titularidad del derecho mismo, de modo que la cualidad en virtud de la cual una pretensión puede y debe ser ejercida contra una persona en nombre propio, se llama legitimación para obrar; activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquel contra el cual esta se ha de hacer valer, que también se denomina legitimación para contradecir. Por eso si el demandante no prueba su calidad de dueño perderá la demanda por falta de legitimación activa. También la perderá si no demuestra que el demandado es el poseedor del derecho y se examina en la sentencia.

En lo referente a la legitimación en la causa; el Honorable Consejo de Estado, mediante Sentencia del 25 de marzo de 2010. C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. proferida dentro del proceso con Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02571-01(1275-08), señaló, que la legitimación en la causa, no es constitutiva de excepción de fondo, sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, o a las excepciones propuestas por el demandado.

En un pronunciamiento más reciente de la Sección Primera del Consejo de Estado, Sentencia 76001233100020010197501, 11/12/15 (C.P. María Rojas); respecto a la legitimación en la causa, concluye que, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza; pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a la una o la otra.

La legitimación en la causa, como lo ya lo ha definido el Honorable Consejo de Estado, es la facultad que surge del derecho sustancial y que debe tener



determinadas personas, para formular o contradecir respecto de determinado derecho subjetivo sustancial sobre el cual versa la pretensión que es objeto del proceso.

Así mismo, las partes en un proceso pueden estar legitimadas para la causa, tengan o no el derecho o la obligación sustancial, según se trate del demandante o del demandado, es decir, que no significa que quien no tenga derecho sustancial, no estaría legitimado para hacer parte del proceso; en conclusión estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en el libelo demandatorio, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material.

Ahora bien, la legitimación en la causa por pasiva, es la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio, es decir, la parte demandada debe ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir, oponerse o contradecir una o varias pretensiones del demandante.

Se tiene entonces, que la legitimación en la causa, se entiende que es la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, es decir, consiste en la posibilidad que tiene la parte demandante de reclamar al demandando el derecho invocado en la demanda, por haber sido parte de la relación material que dio lugar al litigio.

Así las cosas, encuentra esta Sala que de conformidad con las competencias que radican en cabeza de CREMIL, respecto al pago de al reconocimiento de las asignaciones de retiro, carece de legitimación en la causa por pasiva respecto a que reliquide la asignación de retiro del actor, debido a que esta entidad no tiene competencia para esto, debido a que La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene como objeto fundamental reconocer y pagar las asignaciones de Retiro al personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, la entidad no está facultada para pronunciarse sobre aquellos aportes que no le fueron entregados, debido a que el que paga dichos aportes es el Ministerio de Defensa Nacional, como ente nominador.

El Ministerio de Defensa al no hacer los aportes del actor de lo solicitado en esta demanda y al demandarse solo a CREMIL, se dan los presupuestos de la legitimación en la causa por pasiva, respecto a esta pretensión, pues si lo que se pretende por el actor es la inclusión de una asignación mensual distinta a la



efectivamente devengada dentro de la asignación de retiro, lo procedente era haber solicitado ante la entidad correspondiente el mencionado reajuste y luego acudir ante CREMIL a que se lo incluyera la liquidación de la prestación.

Por lo anterior se declara de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, por no ser esta entidad la encargada de hacer los aportes si no solo de administrar los recursos para luego reconocer la asignación.

Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará en costas a la parte accionante por ser a esta que se le resolvió desfavorable la alzada.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO. REVOCAR parcialmente el numeral tercero de la sentencia de fecha catorce (14) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, que condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro del actor aplicando el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, tomando como base una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y en su lugar, **DECLARAR DE OFICIO** la configuración de la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** de CREMIL frente a la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro aplicando el inciso segundo del artículo 1º del Decreto



1794 de 2000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. Confirmase lo demás de la sentencia recurrida.

TERCERO. Condénese en costas a la parte demandante, liquídense en primera instancia de conformidad con lo considerativa de esta providencia.

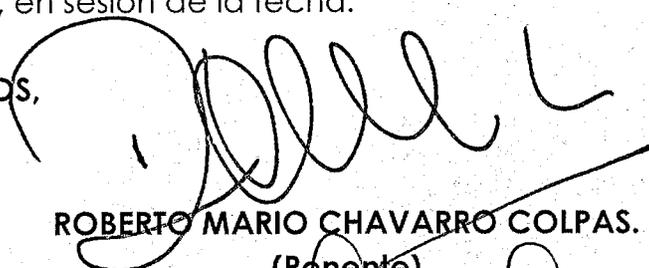
CUARTO. Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

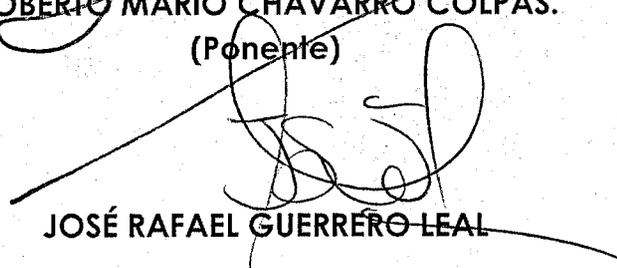
QUINTO. DEVUELVA el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

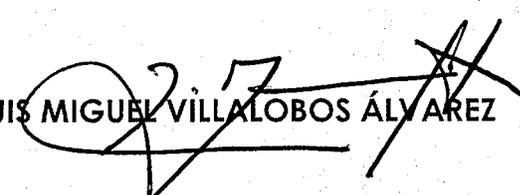
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ