

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

MAG. P.: Dr. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE	GRACELIANO MARTÍNEZ CALDERON
DEMANDADO	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
PROVIDENCIA	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 37
RADICACIÓN	41-001-33-33-009-2017-00342-01
APROBADO EN SALA VIRTUAL	ACTA No. 15 DE LA FECHA

ASUNTO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia el 19 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Neiva, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. LA DEMANDA (Fls. 3-26 C. Ppal.).

GRACELIANO MARTÍNEZ CALDERÓN, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demanda la nulidad del acto administrativo No. 2016-23657 del 14 de abril de 2016 mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó el reajuste de su asignación de retiro de conformidad con el incremento del 60% de su salario básico de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del decreto 1794 de 200 y la correcta liquidación de la prima de antigüedad.

A título de restablecimiento del derecho solicita:

2. Como consecuencia de la anterior declaración" en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:

a. *Liquidar la asignación de retiro de mi poderdante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).*

b. *A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, el 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5 de la prima de antigüedad.*

3). *Que, en virtud a las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro de mi representado, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en los numerales anteriores.*

4). *Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento a la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA.*

5). *Ordenar el pago de los intereses moratorias sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).*

6). *Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho".*

1.1. Sustenta lo anterior en los siguientes **HECHOS**:

- Adujo que el demandante prestó su servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y una vez terminó el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario a partir del 1° de noviembre de 2003, así que por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la entidad.
- Que mediante Resolución No. 994 del 16 de febrero de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al demandante la asignación de retiro, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- Que radicó petición el 30 de marzo de 2016 ante la entidad demandada, solicitando que se le liquidara la asignación de retiro sobre la base de un salario mínimo incrementado en un 60% como lo dispone el inciso segundo del artículo 10 del decreto 1794 de

2000, lo cual fue resuelto de manera desfavorable por la entidad mediante oficio NO. 2016-23657

- Indicó que desde el reconocimiento de la asignación de retiro la Caja demandada viene liquidándola teniendo en cuenta como base de liquidación el salario mínimo incrementando en un 40%.
- Aludió que la asignación de retiro viene siendo liquidada tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad y al valor resultante le aplica el 70% arrojando la mesada a cancelar.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Invocó como normas violadas las disposiciones contenidas en el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 Y 58 de la Constitución Política; las Leyes 131 de 1985, 4 de 1992 y 923 de 2004, y los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Como sustento de lo anterior, indicó que desde que fue reconocida la asignación de retiro al actor, la entidad demandada viene liquidando la prestación tomando como base de liquidación la de un salario mínimo incrementado en un 40%, inaplicando el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000 aplicable a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, lo que es abiertamente inconstitucional e ilegal, al contrariar el principio de progresividad y los derechos adquiridos.

Asimismo, la entidad demandada hace una indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, generando una doble afectación a la partida prima de antigüedad, que va en detrimento del monto de la mesada que se le cancela al actor, siendo esta de menor valor a la que se le debe de cancelar, afectándose de esta manera su mínimo vital.

Señaló que la entidad demandada incurrió en falsa motivación por cuanto los postulados normativos y de interpretación jurisprudencial y doctrinarios respecto del porcentaje en que debe incrementarse la asignación de retiro del demandante, erróneamente fue interpretado, negando los derechos reclamados, sin tener un fundamento jurídico que legitime las decisiones tomadas por parte de la administración pública.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA y VINCULADA

2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES¹

Se opone a las condenas solicitadas y acepta los hechos relacionados con la actividad del demandante, el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

Propone como excepciones la de cosa juzgada al informar que el demandante interpuso con anterioridad una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de iguales características a la presente, la cual se tramitó en el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva radicada mediante el No. 2016-00317.

En relación al reajuste del 20% de la asignación de retiro indicó que en aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Dirección de Personal radicó el complemento de la hoja de servicios del demandante según consecutivo No. 3-83224961 del 12 septiembre de 2017 por medio del cual se realiza el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, en consecuencia la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, profirió el correspondiente actora administrativo mediante Resolución No. 9294 del 26 de marzo de 2018 incorporando el incremento del 20%.

En cuanto al reajuste solicitado por concepto de prima de antigüedad sostuvo que de acuerdo al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, por lo que la fórmula de liquidación que efectuó la entidad se encuentra ajustada a la norma.

Por último, invoca la excepción de prescripción en el caso de que el actor le asistiera algún derecho con respecto a las pretensiones de la presente demanda.

Como argumentos de defensa alega *legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes*; debido a que las actuaciones se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; *no configuración de la causal de nulidad*, porque toda la actuación de la entidad fue realizada con las normas aplicables al caso; *no procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones*

¹ Fl- 50-57 C. Ppal

de CREMIL, dado que la entidad ha actuado con apego de la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, finalmente solicita no ser condenado en costas y agencias en derecho.

2.2. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL². (vinculada)

Manifiesta que el accionante perteneció al Ejército Nacional, inicialmente como soldado regular y que una vez terminado el periodo reglamentario fue incorporado como soldado voluntario y de conformidad con lo señalado en la Ley 131 de 1985, pasó a denominarse soldado profesional.

Afirma que los soldados voluntarios fueron mejorados con el cambio de normatividad, puesto que con el cambio obtuvieron el derecho a percibir prestaciones, toda vez que los soldados voluntarios solo recibían una suma mensual a título de bonificación, mas nunca se le reconoció un salario y por ello no tenía derecho a prestaciones.

Como excepciones propone las siguientes:

- *Cosa Juzgada – Existencia de otros procesos por los mismos hechos, pretensiones y las mismas partes.* La excepción la fundamenta al considerar que el derecho ya le fue reconocido al actor y pagado, habiéndose reajustado el salario devengado en actividad desde el año 2003 hasta la fecha en que procedió a efectuar la reclamación ante el ejército quedando pendiente según lo entiende, el tiempo relativo a su pensión, de allí que la reclamación la elevara a CREMIL.

Aduce que una vez revisada la base de datos de los procesos del Ejército ante la jurisdicción, evidenció que existe demanda radicada bajo el No. 41001333300420160031700, adelantada ante el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva y el cual cuenta con fallo de primera instancia proferido el 20 de septiembre de 2017 en donde se ordenó reconocer y pagar el 20% allí reclamado y actualmente el proceso se encuentra surtiendo el trámite de segunda instancia ante el Tribunal Administrativo del Huila

² Folios 135-151 C. Ppal

- *Falta de legitimación en la causa por pasiva:* Teniendo en cuenta lo pretendido por el demandante, la llamada a responder es la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por cuanto que es evidente que de existir algún aumento a favor del demandante en su asignación mensual de retiro, la única entidad obligada a reconocer y pagar tal valor es CREMIL, máxime si el acto acusado fue expedido por dicha entidad.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 164-169 C. Ppal.)

El Juzgado Noveno Administrativo de Neiva, mediante sentencia proferida en audiencia inicial realizada el 19 de noviembre de 2018 resolvió:

“PRIMERO: CASO 2: DECLARAR que no prospera la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DEL INCREMENTO DEL 20% DEL SUELDO BÁSICO COMO PARTIDA COMPUTABLE DENTRO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL SEÑOR GRACILIANO MARTÍNEZ CALDERÓN, prepuesta por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de los ACTOS ADMINISTRATIVO.

CASO2: OFICIO2016-23657 DEL 14 ABRIL DE 2016 MEDIANTE EL CUAL LA DEMANDADA LE NEGÓ AL DEMANDANTE LA RELIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO COMO SOLDADO PROFESIONAL, TOMANDO COMO ASIGNACIÓN BÁSICA UN SML INCREMENTADO EN UN 60% A PARTIR DEL 1° DE NOVIEMBRE DE 2003

TERCERO: CONDENAR A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO A LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a reconocer y pagar a favor de (..) CASO 2: GRACILIANO MARTÍNEZ CALDERON CON CÉDULA 83224961 a partir del 30 DE MARZO DE 2016. Tales valores resultantes deberán ser pagados de manera actualizada con base en el IPC, de conformidad con el artículo 187 del CPACA; mes a mes y en la forma expuesta en la parte motiva aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R=RH \quad \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

CUARTO: *NEGAR las demás pretensiones de la demanda.*

QUINTO: *ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-, DAR cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CP.A.CA y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 1951bidem.*

SEXTO: SIN CONDENA en costa en esta instancia.

SÉPTIMO: EXPEDIR las copias de esta sentencia que soliciten las partes, una vez en firme la presente providencia (sic), y siguiendo las reglas del art. 114 del CGP. Cumplido lo anterior, ARCHIVAR el expediente previa anotación en el Sistema de Información de Procesos y manejo Documental (Justicia XXI)...”.

El A quo declaró la falta de legitimación de la causa por pasiva de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, porque no se encuentra fundamento para mantener a la entidad vinculada al proceso, además porque ella no reconoció la asignación de retiro del demandante, y el acto administrativo demandado fue expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en consecuencia no está llamada a responder por el asunto, pues no existe relación sustancial entre ella y el actor.

Refirió que en el presente caso sería procedente la liquidación de la asignación de retiro para que se diera la correcta aplicación del artículo 16 del decreto 4433 de 2004, pero la parte actora no probó en qué términos la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro, por lo tanto, no es procedente realizar el estudio sobre la prima de antigüedad, ya que no se puede avizorar que efectivamente la aplicación que se le ha dado a la norma es la incorrecta.

Respecto a la pretensión del aumento del salario en un 60%, le dio aplicación a los lineamientos señalados sobre el tema por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación calendada 25 de agosto de 2016, por ello el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia equivalente al 20% de la asignación básica devengada como soldado voluntario y posteriormente como soldado profesional a partir de la fecha de incorporación 10 de noviembre de 2003. Finalmente, no condenó en costas a la entidad demandada.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación en el cual manifestó que el A quo negó por falta de pruebas la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto al cómputo de la prima de antigüedad en la liquidación de asignación de retiro del actor.

Sostuvo que existe una indebida aplicación de la norma por parte de la Caja demandada en la asignación de retiro, al generar una doble

afectación a la partida de la prima de antigüedad, pues la demandada al momento de la liquidación de la prestación está aplicando el 70% tanto a la asignación básica como a la prima de antigüedad, de esta manera se está transgrediendo la norma por cuanto en el decreto 4433 de 2004 en su artículo 16, indica que la asignación parte del 70% de la asignación básica y se le adiciona el 38.5% como prima de antigüedad.

Señaló que la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales parte del 100% de la asignación básica, y posteriormente se le debe adicionar la prima de antigüedad en un porcentaje del 38.5% y no como lo viene realizando la Caja de Retiro en la liquidación de la asignación del demandante, que toma la asignación básica le suma de prima de antigüedad y al valor resultante le aplica el 70%, generándose con ello una doble afectación a esta partida.

Indicó que conforme a la documental obrante en el proceso se observa que la entidad demandada al liquidar la asignación de retiro afecta doble vez la prima de antigüedad, pues la liquida en un 38.5% y luego le aplica el 70%.

Solicitó se declara la nulidad de la sentencia de primera instancia y en su lugar se ordene a la demandada a darle correcta aplicación al porcentaje de la prima de antigüedad establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

5.1. Parte demandante (Fls. 14-21 C. 2 inst.)

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.2. Parte Demandada y el Ministerio Público (fls. 33 C. Segunda Instancia)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Como el *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y negó por falta de prueba lo relacionado con la correcta liquidación de la prima de antigüedad y debido a que la parte demandante interpuso recurso de apelación, Sala debe resolver *¿si al demandante GRACILIANO MARTÍNEZ CALDERON, en su condición de soldado profesional® se le liquidó en legal forma la asignación de retiro y si se le incorporó en forma correcta el porcentaje que corresponde por concepto de la prima de antigüedad,?*

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLES.

2.1. Régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales

La Ley 131 de 1985, “*por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, artículo 2º, establece que podrían prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaran ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él.

Por su parte, el artículo 4º de la citada Ley, señala que quien prestara el servicio militar voluntario percibiría una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podía sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

El Decreto Ley 1793 de 2000, “*por el cual se estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”, definió a los soldados profesionales como “*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 el artículo 4º del mencionado Decreto, estableció los requisitos mínimos para la incorporación como soldado profesional y en el artículo 5º dispuso lo siguiente:

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

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

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

El Decreto No. 1794 de 2000 “*por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, estableció:

“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%)”

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...”

Analizada tal normativa, la Sala advierte que entre las modalidades de soldado voluntario y soldado profesional, existen diferencias en el sentido que la incorporación para los primeros surge del deseo de quien habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubiera optado por continuar en el servicio, mientras que la incorporación del soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio, por cuanto debía cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 1793 de 2000 para ser incorporado y superar un proceso de selección.

De igual manera, respecto de los emolumentos percibidos por cada uno de estos servidores, tenemos que de conformidad con la Ley 131 de 1985, los soldados voluntarios percibirían una bonificación equivalente a un salario mínimo legal vigente, aumentado en un 60% y tendrían derecho a una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre anterior; mientras que los soldados profesionales que se vincularan a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000, devengarían un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Por su parte, los soldados vinculados en vigencia de la Ley 131 de 1985 y con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales y que su deseo fuera aprobado por los comandantes de cada Fuerza, serían incorporados el 1º de enero de 2001, con la antigüedad que le fuera certificada y expresada en número de meses. Estos soldados de conformidad, con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, devengarían una bonificación equivalente a un salario mínimo mensual aumentado en un 60%.

Posteriormente, mediante Decreto 2070 del 25 de julio de 2003, el Gobierno Nacional pretendió modificar este régimen salarial y prestacional, pero fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Luego, fue expedida la Ley 923 de 2004 por la cual *"se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política"*, estatuto que en el numeral 2. 1. del artículo 2º consagró el respeto a los derechos adquiridos y en el numeral 3. 3. del artículo 3º previó que *"(...) Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública."*

En desarrollo de esta normatividad, el Decreto 4433 de 2004 *"por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, dispuso:

"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." (Subrayas y negrillas de la Sala)

El artículo 16 consagró la asignación de retiro para los soldados profesionales, marcando una diferencia en favor de oficiales y suboficiales, en los siguientes términos:

“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.”

Para mayor comprensión del tema, la Sala resalta que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16³, proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, con fundamento en el inciso 2, del artículo 1, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, concluyó que los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%, en los siguientes supuestos:

“...La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.

Por tal razón se concluye, 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.

³ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. **Sentencia del 25 de agosto de 2016.** C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad.: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16.

Reglas jurisprudenciales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste 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 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

Segundo. *De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁵ 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 1985,⁶ 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 10⁷ y 174⁸ de los Decretos 2728 de 1968⁹ y 1211 de 1990,¹⁰ respectivamente.”*

2.2. Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales

En cuanto al segundo tema que se invoca en la demanda, esto es, si el actor tiene derecho a la reliquidación de la asignación de retiro con la prima de antigüedad que le corresponde, se tiene que debe confirmarse la sentencia apelada, pues ciertamente la entidad demandada aplicó de

⁴ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁵ Ib.

⁶ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁷ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

⁸ 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.

⁹ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹⁰ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

manera equivocada la fórmula matemática del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como pasa a explicarse.

Esta norma dispone que la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, es la siguiente:

*“[...] **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. [...]”*

Como se observa, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares, entre otras, la prima de antigüedad, la cual conforme el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 señaló que para los soldados profesionales del Ejército Nacional se pagaría de la siguiente manera:

“[...] 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%) [...]”

Respecto de la forma en que debe interpretarse esta norma, el Consejo de Estado¹¹ señaló:

“En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto...”¹²

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de mayo de 2018, C.P. William Hernández Gómez. Rad. : 19001-23-33-000-2014-00128-01(1936-16)

3. EL CASO EN CONCRETO

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución No. 994 del 16 de febrero de 2016, le reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro al Soldado Profesional® del Ejército GRACILIANO MARTÍNEZ CALDERON, efectiva a partir del 30 de marzo de 2016, en cuantía equivalente al 70% del sueldo mensual (Decreto 2552 de diciembre 30 de 2015) indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014.¹³

El demandante presentó derecho de petición a dicha entidad el 30 de marzo de 2016, solicitando el reajuste de la asignación de retiro por los conceptos hoy demandados¹⁴ y mediante Oficio Cremil No. 25648, consecutivo 2016-236657 del 14 de abril de 2016, negó tal petición argumentando que la asignación de retiro le fue reconocida teniendo en cuenta la normatividad dispuesta y vigente para tal fin, adicionalmente señala que la entidad reconoce y paga la prestación con base en la información contenida en la hoja de servicios en cada caso, en la que se evidencia que el salario básico tomado por la Caja corresponde al que venía devengando en actividad¹⁵.

En cuanto a la inclusión y liquidación de la *prima de antigüedad* en la asignación de retiro del actor y de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, encuentra la Sala que la entidad demandada aplicó erróneamente dicha norma, pues debió tomar el 70% del salario básico, incrementado con el 20%, como se indicó en la sentencia apelada y a este valor sumar las partidas adicionales en los porcentajes establecidos por el legislador, es decir, un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad y con efectos a partir la fecha del retiro.

En efecto, de acuerdo con la certificación expedida por la Responsable del Área de Atención al Usuario de CREMIL visible al reverso del folio 78, se observa que la entidad liquidó la asignación de retiro del actor de la siguiente manera:

¹³ Folios 33-34 C. Ppal.

¹⁴ Folios 27-29 C. Ppal.

¹⁵ Folios 30

CONCEPTO	PORCENTAJE	VALOR
Sueldo básico	SMMLV + 40%	\$965.237.00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%	\$ 675.656.00
Prima de antigüedad	(SB*70%*38.5%)	\$ 250.131.00
Subsidio Familiar	(SB*4%) + (SB*58.5%) * 30%	\$ 180.982.00
TOTAL ASIGNACIÓN RETIRO		\$ 1.116.779.00

Entonces, al aplicar correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se concluye que la entidad demandada no liquidó la asignación de retiro del demandante con los porcentajes y montos que correspondían a los soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio; ya que con la anterior liquidación, el porcentaje de la prima de antigüedad (38.5%) que legalmente le corresponde fue disminuido al aplicarle a este rubro el 70%, lo cual reduce ostensiblemente el monto de la asignación, toda vez que la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por el *A-quo*, obra prueba dentro del plenario que esboza la forma de liquidación de la asignación de retiro del demandante, de la cual se concluye que dio una errónea aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues aplicó un 70% sobre la prima de antigüedad.

En resumen, le asiste razón al recurrente, al señalar que se debe revocar la decisión de primera instancia en lo relacionado con la negativa de la liquidación de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, toda vez que la entidad demandada afecta doble vez dicha partida computable al aplicarle un porcentaje del 70% a la totalidad de la operación aritmética.

Lo anterior, ha sido reiterado recientemente por el Consejo de Estado¹⁶ así:

“....el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P.: William Hernández Cómez. sentencia del 10 de mayo de 2018. Rad.: 19001-23-33-000-2014-00128-01(1936-16)

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.”

En conclusión: En el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, porque la forma correcta de computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad y en consecuencia se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo demandado en cuanto negó la reliquidación de la prima de antigüedad y se revocará el numeral cuarto de la misma que negó el ajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante.

4. CONDENA EN COSTAS

En cuanto a las costas¹⁷, la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, y además, que aparezcan causados y comprobados los gastos en que pudo incurrir la parte vencedora del litigio, en consonancia con el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. para los efectos de la liquidación; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas y se acerque más a un criterio objetivo-valorativo.¹⁸

¹⁷ Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. **Sentencia del 8 de febrero de 2018**. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16)

En reciente decisión, el Consejo de Estado¹⁹, insistió que siempre debe tenerse en cuenta estos aspectos a fin de imponer costas a la parte vencida.²⁰

En el caso examinado, el *a quo* no impuso condena en costas y como ello no fue objeto de apelación, la Sala se abstiene de revisar este aspecto y como en esta instancia no se causaron costas ni gastos, no hay lugar a imponerlas a la recurrente.

En esta instancia no habrá condena en costas, al no existir prueba de que se hubieren causado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Sexta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo de Neiva, en su lugar quedara así:

SEGUNDO: *DECLARAR la nulidad absoluta del Oficio No. 2016-23657 del 14 de abril de 2016 mediante el cual la demandada le negó al demandante la reliquidación de la asignación de retiro como soldado profesional, tomando como asignación básica un smlmv incrementado en un 60% y ajuste de la prima de antigüedad de conformidad con el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004.*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que negó el ajuste de la liquidación de la asignación de retiro del demandante con la debida aplicación de la prima de antigüedad, en su lugar se dispone:

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, **sentencia del 28 de junio de 2018**. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00104-01(0940-15)

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 1 de diciembre de 2016, C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter, rad.: 1908-14.

CUARTO: *Se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar la asignación de retiro del Soldado Profesional GRACELIANO MARTÍNEZ CALDERON tal como lo ordena el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es aplicando la siguiente liquidación: Asignación de Retiro = (SMLMV+60% * 70%) + (salario * 38.5%), esta última que corresponde a la Prima de Antigüedad, a partir del 30 de marzo de 2016, las diferencias de las mesadas serán actualizadas con la formula descrita por el Consejo de Estado.*

TERCERO: CONFIRMAR en todo los demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas.

CUARTO: SIN condena en costas en esta instancia.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente 'al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado Ponente



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada



GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado