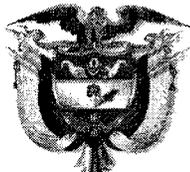


REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA DE DECISIÓN No. 1

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 14 NOV 2017

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MELQUISEDECH SILVA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL
RADICACIÓN:	150013333009-2015-00013-01

=====

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015), que accedió a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**I.1.- LA DEMANDA.** (Fls. 2-14 C. 1era. Instancia)

**1.1.** Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 138 del CPACA, el señor Melquisedech Silva demandó la nulidad del acto administrativo proferido por CREMIL y contenido en el oficio No.70348 de 10 de septiembre de 2014, mediante el cual se negó el reajuste de su asignación de retiro tomando como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60%, la reliquidación del 70% de la asignación de retiro, y la liquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de navidad.

A título de restablecimiento, solicitó se condene a la entidad demandada a:

- i) La reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- ii) Que se reajuste la asignación de retiro del actor del 40% al 60% de conformidad con el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2004.
- iii) Ordenar la inclusión y reliquidación de la prima de navidad en la asignación de retiro de conformidad con el Decreto No. 4433 de 2004, en su artículo 13, numeral 13.1.8.

**1.2.** Dentro del libelo demandatorio se exponen como sustento de las pretensiones los siguiente **HECHOS RELEVANTES:**

\_ Ingresó al Ministerio de Defensa- Ejército Nacional como soldado regular, vinculación que estuvo regida conforme a los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

\_ A partir del 1º de noviembre de 2003, su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y el Decreto 4433 de 2004, del orden Ministerial de Defensa Nacional.

\_ La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL le reconoció una asignación de retiro, mediante Resolución No. 2741 de 7 de mayo de 2012, y su liquidación se efectuó teniendo como base un (1) SMLMV, más el 40% del mismo, desconociendo que en voces del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaran la calidad de voluntarios, su asignación de retiro debe ser equivalente a 1 SMLMV aumentado en un 60%.

\_ Agregó que adicionalmente la liquidación correspondiente al 70% no atiende a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues la demandada liquidó el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad liquidando el 70%, incurriendo en un error al calcular el valor de la asignación por retiro aplicando equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar.

\_ Adicionó que en servicio activo devengó prima de navidad, sin que en la Resolución de liquidación de la asignación de retiro se haya incluido la duodécima parte de la prima de navidad, en igualdad de condiciones que a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

\_ Radicó petición ante CREMIL mediante radicado No. 88107 de 21 de agosto de 2014, solicitando el reconocimiento y pago de i) el reajuste del 20% por falta de aplicación de lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; ii) la reliquidación de la asignación de retiro del 70% de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; y iii) el reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad, su inclusión y pago en su mesada pensional.

\_ La entidad encartada por oficio No. 70348 de 10 de septiembre de 2014, respondió negativamente la solicitud elevada a través del escrito radicado bajo el No. 88107 de 21 de agosto de 2014.

**1.3 Como NORMAS VIOLADAS** el demandante invocó y sustentó el **CONCEPTO DE VIOLACIÓN**, así:

- Constitución Política de 1991: artículos 2, 4, 6, 13, 29 y 53.
- Ley 131 de 1985.
- Ley 4ª de 1992, artículo 10.
- Decreto 4433 de 2004.
- Ley 923 de 2004.
- Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Alegó que las normas de rango constitucional y legales citadas se vulneran de manera flagrante por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al realizar una interpretación equivocada de la norma y desigual de la asignación de retiro, desconociendo abiertamente el derecho a devengar una pensión justa y acorde con las previsiones legales.

Refirió que existe una transgresión directa a los principios fundamentales propios de un Estado Constitucional de Derecho que les asiste a los soldados profesionales, que de conformidad con el contenido de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, el Decreto 4433 de 2004 y la Ley 131 de 1985, deben ser aplicados en consonancia los principios constitucionales a la Igualdad, remuneración mínima, vital y móvil, así, como al respeto de los derechos adquiridos consagrados en los artículos 13, 53 y 58 Superiores, respaldado además por el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 y la Ley 4ª de 1992.

**I.2.- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.** (Fls. 86-94 C. 2ª Instancia)

El Juez Noveno Administrativo de Tunja profirió sentencia de primera instancia, el 23 de septiembre de 2015, mediante la cual resolvió i) inaplicar con inconstitucional e ilegal para el caso concreto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por vulnerar el principio constitucional

de igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004; ii) declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 0070348 de 10 de septiembre 2014, expedido por CREMIL; iii) ordenar reliquidar y pagar la asignación de retiro del actor a partir de la fecha de retiro del servicio -30 de junio de 2012-, incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en el mismo porcentaje en que venía percibiendo en actividad al momento de su retiro, la aplicación del 70% al salario mensual vigente incrementado en un 60%, cuyo resultado se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad e incluyendo la duodécima parte de la prima de antigüedad como partida computable; iv) declarar no prospera la excepción de prescripción; y v) de la condena descontar lo correspondiente a los aportes dejados de deducir por la inclusión de la prima de navidad devengada entre el 30 de junio de 2011, y que se incluyó dentro de la liquidación de la asignación de retiro, por virtud de la sentencia.

Sostuvo que en el caso del actor, con respecto a la aplicabilidad de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, la misma le es ajustable al haberse verificado que su vinculación como soldado voluntario acaeció el 1º de abril de 1993, es decir, con anterioridad al 1º de diciembre de 2003, razón por la cual es procedente reliquidarse la asignación de retiro teniendo como base, un (1) Smlmv incrementado en un 60%.

Con respecto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad para efectos de reliquidar la asignación de retiro del actor, consideró que si bien el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estableció las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares, y de manera específica previó ciertas partidas a los oficiales y suboficiales, así como para los soldados profesionales, no se incluyó la prima de navidad dentro de aquellas, pero para el caso de los segundos de los mencionados.

Por lo anterior, refirió que al verificarse un trato discriminatorio de manera injustificada con respecto a los soldados profesionales, al no incluirse la prima de navidad como partida computable, mientras que la misma si lo es para Oficiales y Suboficiales sin que exista una razón válida para su exclusión, resulta procedente inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, indicó que no hubo lugar a prescripción de mesada alguna.

**I.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN.** (Fls. 99-109 y 118-123 C. 2ª Instancia)

La apoderada de la entidad demandada, estando dentro del término establecido por el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia exponiendo los argumentos que se sintetizan a continuación:

Solicitó la revocatoria del fallo de primer grado, por considerar que CREMIL aplicó en debida forma la normatividad vigente al momento de calcular la asignación de retiro del accionante como Soldado Profesional, ajustándose estrictamente a las partidas computables señaladas en el numeral 13.2. del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es decir, teniendo en cuenta el salario mensual conforme al inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del primero de los decretos mencionados.

Alegó la inexistencia de una transgresión al derecho fundamental a la igualdad del demandante, en vista que fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales por medio del Decreto 4433 de 2004.

Indicó que la liquidación de la prima de antigüedad ha sido aplicada de manera correcta, de conformidad con la fórmula de liquidación de la asignación de retiro del accionante, en la forma que lo contempla el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Adicionalmente, afirmó que no hay fundamento jurídico para acceder al reajuste deprecado, de aumentar de un 40% a un 60% del salario básico, si al revisar el contenido del Decreto 4433 de 2004, se deduce claramente que por disposición legal debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, que trata únicamente de un incremento del 40% a favor de los soldados profesionales.

Arguyó que no hay fundamento legal alguno mediante el cual se debe incluir y liquidar como partida computable una duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, ya que dicho factor únicamente será tenido en cuenta en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza pública, al tenor del numeral 13.1.8 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, controvertió la imposición de costas y agencias en derecho en su contra, refiriendo que atendiendo lo normado por la legislación

vigente aplicable a esta jurisdicción, dicha figura no se rige por un criterio objetivo sino por una valoración subjetiva para su condena.

#### **I.4.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, concedido mediante providencia de 16 de diciembre de 2015 (fl. 149 C.2ª Instancia), la **parte demandante** allegó su respectivo escrito de alegaciones en tiempo (Fls.152-172 C.2ª Instancia), en el que solicitó se confirme la sentencia de primera instancia por encontrarse ajustada a derecho, *máxime* cuando fue demostrado en el plenario que el accionante tenía la condición de soldado voluntario e ingresar al Ejército Nacional antes del año 2000, y aceptado como soldado profesional, ostentando el derecho a que se le reconozca el reajuste su asignación de retiro en la forma dispuesta por el A quo, y en obediencia al principio de favorabilidad en materia laboral.

La *entidad demandada* y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

### **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, *i.* lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema jurídico, *ii.* La relación de los hechos probados, y, finalmente, *iii.* El estudio y la solución del caso en concreto.

#### **II.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.**

En síntesis, el A quo declaró la nulidad del acto administrativo acusado, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL, por considerar que la accionada liquidó la asignación de retiro del actor de manera equivocada, razón por la cual ordenó el reliquidar y pagar asignación de retiro tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% a partir del 30 de junio de 2012, incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en el mismo porcentaje en que venía percibiendo en actividad, la aplicación del 70% al smlmv incrementado en un 60%, cuyo resultado se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad e

incluyendo la duodécima parte de la prima de antigüedad como partida computable y declarando no prospera la excepción de prescripción.

La entidad demandada refutó el fallo de primera instancia, manifestando que el actor no tiene derecho a devengar como asignación de retiro un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, sino que de conformidad con lo dispuso el legislador en el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, únicamente se faculta a la Caja de Retiro para que lo cancele con un incremento del 40%, según lo consignado en su hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa Nacional. Así mismo, refirió la inexistencia de fundamento jurídico alguno por medio del cual se justifique la inclusión como partidas computables de primas y bonificaciones a favor de los Soldados Profesionales, diferentes a las contenidas en el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por lo cual solicita la revocatoria de la sentencia impugnada.

De acuerdo con lo anterior, le corresponde a la Sala establecer si en contraposición a como lo dispuso el A quo, es improcedente reajustar la asignación de retiro del actor i) tomando como base de liquidación el salario mínimo legal a la fecha de retiro del demandante incrementado en un porcentaje del 60% en la forma como lo dispuso el inc. 2º del artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000, ii) con la aplicación del 70% al smlmv incrementado en un 60%, a cuyo resultado se adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, e iii) incluyendo la doceava parte de la prima de navidad como partida computable de su asignación de retiro; o en su lugar, ratificar que ha sido incorrecta la forma en que se ha venido cancelando por CREMIL al accionante Melquisedech Silva.

## **II.2.- LOS HECHOS PROBADOS.**

En el expediente se encuentran probadas las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

**2.1** El 21 de agosto de 2014, el actor solicitó ante la entidad demandada el reajuste de su asignación de retiro que le fue reconocida por parte de CREMIL, en el sentido de incrementarla i) teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, conforme al inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; ii) con la reliquidación del 70% aplicando la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; y iii) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad por derecho a la igualdad con Oficiales y Suboficiales, conforme al Decreto

4433 de 2004, artículo 13, numeral 13.1.8. (fl. 15 y 71 vto.C-1ª instancia)

**2.2** Mediante oficio No. 2014-70348 de 10 de septiembre de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, negó la solicitud de reajuste pensional radicada por el actor, por considerar que su asignación de retiro está siendo liquidada conforme a las prescripciones legales vigentes contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por tanto, no es procedente reliquidar su asignación, en observancia a que el régimen salarial de las Fuerzas Militares no ha sido modificado ni derogado. (fl.16 y 72-73C-1ª instancia)

**2.3** A través de la Resolución No. 2741 del 7 de mayo de 2012, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro al actor en cuantía del 70% del salario mensual -Decreto 4919 de 2011-, indicado en el numeral 13.2.1., salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad. (fls. 18-19 y 62-63C-1ª instancia)

**2.4** De la hoja de servicios del demandante, Melquisedech Silva, se desprende que ingresó a las filas de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, para prestar su servicio militar obligatorio entre el 19 de septiembre de 1991 y el 4 de diciembre de 1992, posteriormente se vinculó como soldado voluntario desde el 1º de abril de 1993 al 31 de octubre de 2003; y del 1º de noviembre de 2003 al 30 de marzo de 2012, se desempeñó como soldado profesional, fecha en que fue retirado de la institución con derecho a asignación de retiro. (fl. 54 C-1ª instancia)

**2.5** El Jefe de Atención al Usuario de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional certificó, el 20 de marzo de 2012, que al Soldado Profesional Melquisedech Silva, en el mes de noviembre de 2011, le fueron presupuestados como prima de navidad 12 días en el Batallón de Infantería # 2 Mariscal Antonio José de Sucre, por valor de \$813.576,00. (fl. 61 C-1ª instancia)

### **II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.**

La Sala confirmará la sentencia apelada, desestimando los argumentos expuestos por el ente demandado en el recurso de alzada, puesto que tal como a continuación se justifica, el demandante demostró en efecto haberse vinculado a las Fuerzas Militares con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 1794 de

2000, y de conformidad con el inciso 2º de su artículo primero, quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985, tienen derecho a percibir un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y llegar a determinar lo contrario, sería desconocer sus derechos adquiridos; así como que sea reajustado el porcentaje al que tiene derecho por concepto a prima de antigüedad y doceava de la prima de navidad, en acatamiento a sus derechos adquiridos y garantía fundamental a la *igualdad*.

Adicionalmente, se mantendrá incólume la decisión de condenar en costas y agencias en derecho a la accionada en primera instancia, como quiera que si bien no existe duda con respecto a que su actuación fue equilibrada y se ajustó a los postulados de buena fe y lealtad procesal, de conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del CGP, que contempla su imposición a la parte que haya resultado vencida al interior de una actuación jurisdiccional, como ocurrió en efecto en el caso de autos, es procedente su aplicación.

### **3.1 Del cambio de categorización de soldados voluntarios a soldados profesionales**

Mediante la Ley 131 de 1985<sup>1</sup>, se instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados por el Comandante de Fuerza, quedando sujetos a partir de su vinculación.

El artículo 4º de la disposición legal *ibídem*, consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, así:

*"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".*

Luego, en uso de sus facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se establece el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares,

---

<sup>1</sup> "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario".

reglamentación que integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000, se encontraban prestando el servicio militar voluntario del que trata la Ley 131 de 1985.

El artículo 1º del Decreto 1793 definió a los Soldados Profesionales con el siguiente enunciado:

*"Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".*

Con respecto a la incorporación del personal de soldados profesionales, preceptuó el párrafo del artículo 5º lo siguiente:

*"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 (...)"*.

Por lo expuesto, es claro para la Sala que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, a partir del 1º de enero de 2001, siempre que así lo hubieran expresado, garantizándoles su antigüedad y respetándoles el porcentaje de la "prima de antigüedad" a la que tenían derecho.

A su turno, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, dispuso:

*"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** (...)"*. (Resalta la Sala)

En atención al mandato *íbidem*, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual se establece el régimen

salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, disponiendo en su artículo 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 parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)** (Subraya y negrilla de la Sala)

A su vez, el parágrafo del artículo siguiente al que se refiere la norma anterior, es decir, el parágrafo del artículo 2° del Decreto 1794 de 2000, dispuso:

*"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 (...)"*.

Corolario de lo anterior, se tiene que por medio de los Decretos 1793 y 1794 del 2000, en relación con los soldados profesionales, existen dos circunstancias que se pueden presentar, partiendo de la fecha en que tuvo ocurrencia su vinculación, así que i) de un lado, se halla el personal armado vinculado al servicio por primera vez, a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000, quienes a partir del 31 de diciembre de 2000, tendrían derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40%; y ii) aquellos que en su condición de soldados voluntarios en virtud de su solicitud, fueron incorporados en calidad de soldados profesionales, quienes mensualmente seguirían devengando un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

### **3.2. De la sentencia de unificación de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado.**

La Sección Segunda del Consejo de Estado emitió sentencia de unificación calendada el 25 de agosto de 2016<sup>2</sup>, por medio de la cual se consolidó el criterio respecto del reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados que se desempeñaban como voluntarios y luego se incorporaron como profesionales, concluyendo que las prestaciones sociales 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.

Ahora bien, en lo relativo al reajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, y además, que lleva implícitos efectos prestacionales y dan 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*, la Alta Corporación fijó como reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales que estuvieran directamente relacionadas con el referido asunto, las que prosiguen:

#### **"Reglas jurisprudenciales**

**Primero.** *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>3</sup> 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,<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> 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*

---

<sup>2</sup> No. Interno 3420-2015.

<sup>3</sup> "Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares."

<sup>4</sup> Ib.

<sup>5</sup> "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario".

*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<sup>6</sup> y 174<sup>7</sup> de los Decretos 2728 de 1968<sup>8</sup> y 1211 de 1990,<sup>9</sup> respectivamente."*

De esta manera, el H. Consejo de Estado, con base en los lineamientos anteriores, la normatividad aplicable y partiendo del estudio de los hechos demostrados en el caso concreto que allí se debatió, que correspondía a un asunto de similares contornos al estudiado por la Sala en esta oportunidad, se concluyó que el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como Soldado Voluntario y, con posterioridad, como Soldado Profesional, a partir de la fecha de su incorporación como tal, en noviembre de 2003 y hasta la fecha de su retiro definitivo, ocurrido el 30 de mayo de 2012.

Lo anterior, en vista que 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.

### **3.3. De la prima de antigüedad como partida computable de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.**

El Decreto 4433 de 2004, en su artículo 16, estableció la asignación de retiro a la que tienen derecho los soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

---

<sup>6</sup> "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> "Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares"

<sup>9</sup> "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares."

*"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."* (Resalta la Sala)

Como se puede observar, el legislador incluyó como partida computable de la asignación de retiro para los soldados profesionales, entre otras, la prima de antigüedad, emolumento prescrito por el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000, así:

***"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%)".*

Ahora bien, acerca de la manera en que debe ser interpretado lo establecido por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 arriba citado, el Máximo Órgano Colegiado en materia de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 29 de abril de 2015, expuso:

*"Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, "debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%", y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.*

*Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo "adicionado".*

*En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no*

*corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.*

*Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación. [...]»<sup>10</sup>*

Bajo el anterior contexto, y en la forma como la Alta Corporación lo reiteró de manera más reciente<sup>11</sup>, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 no genera confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en consideración 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 se obtiene a partir del valor del 100% del salario mensual.

### **3.4. Marco normativo de la prima de navidad para los soldados profesionales.**

La prima de navidad fue instituida expresamente dentro del régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto 1794 de 2000, así:

*ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.*

<sup>10</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 29 de abril de 2015. Consejero Ponente: Gustavo Gómez Aranguren. Radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00.

<sup>11</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 9 de marzo de 2017. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Expediente: 66-001-23-33-000-2013-00079-01.

*PARAGRAFO. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.*

Si bien fue contemplada la prima de navidad para el soldado profesional en actividad, dicho factor salarial no fue tenido en cuenta como partida computable para la determinación de la asignación del retiro del soldado profesional. En efecto, los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004 definió tales partidas así:

*"ARTICULO 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 6o 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 1o 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". (Subraya la Sala).*

*"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 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". (Resaltado por la Sala).*

Tal como quedó expuesto, la Sala encuentra que el Decreto 4433 de 2004 excluyó la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, a pesar que la misma sí constituye partida computable para los Oficiales y Suboficiales. Por ello, le corresponde a la Sala determinar **i.)** Si se vulnera el principio constitucional de igualdad y el derecho a la familia, consagrados en los artículos 13 y 42 de la Constitución Política, por el hecho de que el Ejecutivo a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, haya excluido la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, máxime si en el párrafo claramente prohíbe tenerlo en cuenta. **ii)** si al demandante como Soldado Profesional, le asiste o no el derecho, a que se le incluya en la asignación de retiro la prima de navidad que devengaba en servicio activo. **iii.)** si Constitucionalmente es viable pretender que la prima de navidad solamente sea reconocido y pagado para un grupo especial de personal (Oficial y Suboficiales) pertenecientes a las Fuerzas Militares de Colombia.

### **3.5 Caso concreto**

Descendiendo al caso concreto, se observa que la controversia tiene su génesis en la solicitud de 21 de agosto de 2014, mediante la cual el actor solicitó el reajuste de su asignación de retiro por considerar que la misma fue reconocida sin la inclusión del 20% del salario mínimo legal mensual vigente, que percibió con ocasión de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000; reliquidación teniendo en cuenta el 70% del salario mensual, indicado en el artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; y de la doceava parte de la prima de navidad en respeto a su derecho a la igualdad, frente a otros servidores a quienes sí se les efectúa dicho reconocimiento.

Fue a través del acto administrativo acusado, oficio No. 2014-70348, emitido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, que se negó la solicitud de reajuste pensional radicada por el actor, por considerar que su asignación de retiro está siendo liquidada conforme a las prescripciones legales vigentes contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sin que sea posible efectuar ningún tipo de reajuste ni incluir factores no previstos en la Ley, salvo disposición legal o judicial en contrario.

Luego de haber acudido el actor a esta Jurisdicción, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el A quo resolvió declarar la nulidad del acto administrativo acusado, y accedió a las pretensiones de la demanda ordenando el ajuste del monto de la asignación de retiro calculado con un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, a partir del 30 de junio de 2012, fecha también desde la cual se declaró el reajuste de la mesada con aplicación del 70% al smlmv incrementado en un 60% adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad, y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en el porcentaje que la venía percibiendo en actividad.

En contra del fallo de 23 de septiembre de 2015, la parte demandada interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria, invocando puntualmente que en atención a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, el incremento de la asignación de retiro del actor no puede ser superior a un 40% sobre el salario mínimo legal mensual vigente, y no en un porcentaje del 60%, más aún cuando su mesada pensional se calculó teniendo en cuenta las partidas computables y prestaciones unitarias consignado en su hoja de servicios, además, que no existe fundamento jurídico alguno que respalde la inclusión de primas, bonificaciones o partidas computables en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Para efectos de resolver los argumentos de la alzada, la Sala desarrollará como tópicos lo relacionado con **i)** el reajuste de la asignación de retiro del actor en un porcentaje del 60%; **ii)** de la reliquidación de la asignación de retiro del accionante con inclusión de la prima de antigüedad como partida computable; y **iii)** de la procedencia para incluir la doceava parte de la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro del actor.

• **Del reajuste de la asignación de retiro del actor en un porcentaje del 60%**

De conformidad con la hoja de servicios del señor Melquisedech Silva, emanada de la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, se extrae acerca de su ingreso y permanencia en la Institución Castrense, lo siguiente:

Grado	Fecha Inicio	Fecha terminación
Soldado Regular	19 de septiembre de 1991	4 de diciembre de 1992
Soldado Voluntario	1º de abril de 1993	31 de octubre de 2003
Soldado Profesional	1º de noviembre de 2003	30 de marzo de 2012

(Fl. 54 C-1ª instancia)

Ahora bien, de la aplicación al caso en concreto de la normatividad que rige el régimen de carrera y estatuto de personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares al que se hizo referencia en el acápite de marco jurídico, así como las reglas contenidas en la Sentencia de Unificación que en la materia profirió la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, existe diamantina claridad para la Sala que en la forma como se señaló por el parágrafo del artículo 5º del Decreto 1793 de 2000, aquellos soldados regidos por la Ley 131 de 1985, disponían hasta el 31 de diciembre de 2000, para expresar su intención de incorporarse como soldados profesionales, y quienes fueran aceptados quedarían cobijados por el nuevo régimen contenido en la disposición legal *ibídem*, otorgándoles como un beneficio adicional el de conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación.

En el *sub examine*, y en contraposición a los razonamientos plasmados en el recurso de apelación por el ente pasivo de la acción, no cabe duda que la vinculación del señor Melquisedech Silva acaeció en vigencia de la Ley 131 de 1985, si se tiene en cuenta que la misma tuvo lugar el **1º de abril de 1993**, cuando se incorporó a la Institución Castrense como Soldado Voluntario, circunstancia que al tenor del artículo 4º de dicha disposición legal lo hizo acreedor a un sueldo equivalente a una "*bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%*".

Ahora bien, con base en lo anterior y lo analizado por la Sentencia de Unificación Jurisprudencial proferida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, no cabe duda para la Sala la procedencia de acceder a la solicitud de reajuste de asignación de retiro del actor en los términos considerados por el A quo, por cuanto la entidad demandada ha desconocido que de manera taxativa el inciso 2º del artículo 1 *ibídem* creó un régimen de transición para aquellos soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales y estuvieran vinculados con antelación al 31 de diciembre de 2000, como sin duda es el caso del accionante.

Lo anterior, en respeto al derecho del actor a proseguir devengando un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, prerrogativa que consolidó en vigencia de la Ley 131 de 1985, por ser ésta en la que sobrevino su vinculación al Ejército Nacional, por tanto, para la Sala no hay lugar a elucubraciones en el sentido de concluir que al accionante le asiste un derecho legalmente adquirido, diferente a ello, es que la misma norma los dotó de otras prestaciones sociales que como voluntarios no tenían derecho a percibir, pero no

por ello, deben ser excluidos del beneficio que el legislador contempló en su favor.

Así, lo ha expresado de manera reciente el Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, haciendo énfasis al contenido de la sentencia de unificación:

*"En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.*

*Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.<sup>12</sup>"*

Con base en lo citado, no emerge como un argumento legítimo el esgrimido por CREMIL en su alzada al oponerse al reajuste deprecado por el accionante con base a lo consignado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, al considerar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no se encuentra legitimada para calcular la base de asignación salarial y prestacional de los miembros activos de la Fuerza Pública, ya que su reconocimiento se encuentra sujeto exclusivamente a lo consignado en la respectiva "hoja de servicios", en donde conste la información relacionada con el tiempo y salario devengado para fines prestacionales, como tampoco, que al actor le es aplicable el inciso primero de la norma *ibídem*, que contempló que el salario de los soldados profesionales sería igual a 1 smlmv incrementado en un 40% del mismo salario y no de un 60%, en vista que dicho mandato va dirigido al personal cuya vinculación

---

<sup>12</sup> Sección Segunda- Subsección A. Sentencia de nueve (9) de marzo de 2017. Expediente No. 66-001-23-33-000-2013-00079-01. Demandante: Luis Aníbal Clavijo Velásquez. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

acontezca luego de la entrada en vigencia de dicho decreto, esto es, del 1º de enero de 2001<sup>13</sup>, no siendo este el caso del demandante.

Por lo expuesto, una vez analizado el caso *sub examine*, al tornarse como infundados los argumentos de la apelación y *contrario sensu*, emerger como acertada la decisión adoptada en primera instancia, se confirmará en este sentido la sentencia recurrida.

**• De la reliquidación de la asignación de retiro del accionante con inclusión de la prima de antigüedad como partida computable.**

El A quo en la sentencia recurrida, accedió a la solicitud elevada por el actor relativa al reajuste de su asignación de retiro por considerar que la misma fue reconocida sin tener en cuenta el procedimiento establecido por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, teniendo en cuenta el 70% del salario mensual, indicado en el artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, e incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable.

El ente demandado en su alzada, se opuso dicha decisión argumentando que la liquidación de la prima de antigüedad ha sido aplicada de manera correcta, de conformidad con la fórmula de liquidación de la asignación de retiro del accionante, como lo ordena el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta como cuenta el 70%, así: Sueldo Básico + 38.50% de Prima de Antigüedad.

Se demostró en el *sub examine*, que según el artículo 1º de la Resolución No. 2741 de 7 de mayo de 2012, mediante la cual se ordenó el reconocimiento de la asignación de retiro del actor a partir del 30 de junio de 2012, se dispuso que la misma fuera calculada de la siguiente manera:

- i) En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 4919 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000), y;
- ii) Adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. (fls. 18-19 C-1ª instancia)

---

<sup>13</sup> "Artículo 17 *ibídem*. VIGENCIA Y DEROGATORIA. Este Decreto regirá a partir del 01 de Enero de 2001, previa su publicación y deroga a partir de dicha fecha todas las disposiciones que le sean contrarias."

De acuerdo con lo consignado en el Oficio No.61019 de 9 de noviembre de 2012, emitido y allegado por CREMIL con la contestación de la demanda, está plenamente establecido que al actor le fue liquidada, para el año 2012, su asignación de retiro con los siguientes porcentajes y partidas computables:

Salario Mínimo Legal Vigente	\$566.700,00
SMLV + 40% del smlmv	\$793.380,00
Prima de antigüedad 38.5%	\$305.451,30
<b>Subtotal</b>	<b>\$1.098.831,00</b>
Porcentaje de Liquidación 70%	
<b>Asignación de retiro liquidada</b>	<b>\$769.182,00</b>
(fl. 68 vto. C-1ª instancia)	

Como se expuso en el acápite precedente, el parágrafo del artículo 5º del Decreto 1793 de 2000, dispuso que aquellos soldados regidos por la Ley 131 de 1985, disponían hasta el 31 de diciembre de 2000, para expresar su intención de incorporarse como soldados profesionales, y quienes fueran aceptados quedarían cobijados por el nuevo régimen contenido en la disposición legal *ibídem*, otorgándoles como un beneficio adicional el de conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación.

Revisado el expediente, no cabe duda que la vinculación del señor Melquisedech Silva acaeció en vigencia de la Ley 131 de 1985, si se tiene en cuenta que la misma tuvo lugar el **1º de abril de 1993**, cuando se incorporó a la Institución Castrense como Soldado Voluntario, circunstancia que al tenor del artículo 4º de dicha disposición legal lo hizo acreedor a un sueldo equivalente a una "*bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%*".

De otro lado, descendiendo al caso específico de la prima de antigüedad como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales, en cuanto al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se advierte que al 70% del salario mensual debe adicionarse el 38.5% del **100%** de lo percibido por concepto de prima de antigüedad.

Como se desprende de las pruebas documentales arriba relacionadas y las consideraciones esgrimidas en el acto administrativo acusado, al actor le fue liquidada la asignación de retiro, adicionando primero el sueldo y el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, y

después aplicando el 70%, razón por la cual no se está ejecutando en debida forma el mandato fijado por el legislador y lo ordenado en la Resolución que reconoció su asignación de retiro.

En efecto, para la Sala fue acertado el pronunciamiento emitido por el A quo como quiera que CREMIL hizo una interpretación errónea del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ya que como fue expuesto en el acápite anterior, de la lectura de dicha norma puede concluirse que es únicamente del salario básico mensual del cual se obtiene el 70%, valor que debe adicionarse el 38.5% que corresponde la prima de antigüedad.

En ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada, implicaría que al valor reconocido de la prima de antigüedad se le hiciera una doble reducción, **i)** la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, **ii)** la del porcentaje del 70% que la norma le asigna al salario básico mensual, circunstancia que sin lugar a elucubración alguna, es atentatoria de los derechos adquiridos y prestacionales del interesado, razón de más para reafirmar que el acto administrativo, en efecto, está revestido de ilegalidad.

Como respaldo de la anterior afirmación, es oportuno citar un pronunciamiento del Órgano de cierre de esta jurisdicción, que de manera reciente en un caso análogo, expuso acerca de la manera en que fue liquidada por la entidad accionada la asignación de retiro de un soldado profesional:

*"Mediante el oficio 20635 de 4 de mayo de 2012<sup>14</sup>, la entidad demandada, al ofrecer respuesta a la petición presentada por el demandante, con la finalidad de que fuese reliquidada su asignación de retiro y, se aplicara de manera correcta la fórmula prevista en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, señaló que la liquidó en forma correcta, así:*

Liquidación Soldados Profesionales 2011		
Salario Mínimo Legal Vigente		\$535.600
SMLV + 40% del SMLV (Art. 16 del D. 4433/2004)	140,00%	\$749.840
Prima de Antigüedad	38,50%	\$288.688
Sumatoria sueldo básico + prima de antigüedad		\$1.038.528
Porcentaje liquidación	70%	\$ 726.970

<sup>14</sup>Folios 9 y 10.

<i>Liquidación Soldados Profesionales 2012</i>		
<i>Salario Mínimo Legal Vigente</i>		\$566.700
<i>SMLV + 40% del SMLV (Art. 16 del D. 4433/2004)</i>	140,00%	\$793.380
<i>Prima de Antigüedad</i>	38,50%	\$305.451
<i>Sumatoria sueldo básico + prima de antigüedad</i>		\$1.098.831
<i>Porcentaje liquidación</i>	70%	\$ 769.182

*En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Subsección una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.*

*Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico (smlmv + 60%) con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.<sup>15</sup> (Negrilla fuera del texto original)*

En suma, y en la forma como lo concluyó el H. Consejo de Estado en la sentencia *ibídem*, es procedente reajustar la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante toda vez que la entidad demandada aplicó un doble porcentaje a la misma con la siguiente fórmula: el 70% del salario mínimo legal mensual vigente + 60% +38.5% de la prima de antigüedad, cuando la manera correcta 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, razón por la cual no es procedente atender positivamente los planteamientos efectuados por la entidad demandada en su apelación, y se confirmará igualmente en este sentido la sentencia de primera instancia.

- **De la procedencia para incluir la doceava parte de la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro del actor.**

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 9 de marzo de 2017. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Expediente: 66-001-23-33-000-2013-00079-01.

En tesis del Juzgador de primera instancia, se demostró que el actor fue beneficiario de la asignación de retiro, siéndole liquidada únicamente con el sueldo y prima de antigüedad como partidas computables, no obstante, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares, y previó ciertas partidas para Oficiales y Suboficiales, y otras para los Soldados Profesionales, sin incluir para los segundos la *prima de navidad*, razón por la cual determinó la existencia de un trato discriminatorio, injustificado y vulneratorio del artículo 13 la Constitución Política, disponiendo inaplicar por inconstitucional e ilegal en el caso del demandante el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, e incluir la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en el mismo porcentaje que lo venía devengando en actividad al momento del retiro.

Por su parte, la entidad accionada en su apelación insistió en que de conformidad con el numeral 13.2. del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para los Soldados Profesionales únicamente se contemplan taxativamente como partidas computables para su asignación de retiro el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del citado Decreto 4433 de 2004, además, que el parágrafo del artículo 13 *ibídem*, de manera taxativa prohíbe la adición de partidas señaladas con otras primas, subsidios, auxilios, bonificaciones, compensaciones para calcular la asignación de retiro.

Tal como quedó expuesto, le corresponde a la Sala determinar **i.)** Si se vulnera el principio constitucional de igualdad y el derecho a la familia, consagrados en los artículo 13 y 42 de la Constitución Política, por el hecho de que el Ejecutivo a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, haya excluido la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, máxime si en el parágrafo claramente prohíbe tenerlo en cuenta. **ii.)** si al demandante como Soldado Profesional, le asiste o no el derecho, a que se le incluya en la asignación de retiro la prima de navidad que devengaba en servicio activo. **iii.)** si Constitucionalmente es viable pretender que la prima de navidad solamente sea reconocido y pagado para un grupo especial de las Fuerzas Militares.

En primer lugar, dirá la Sala que el artículo 2º de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 señaló la **igualdad** y la **equidad** como principios medulares para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y estableció como objetivo y criterio la prohibición de discriminar por razón de categoría,

jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.

De tal manera que la vulneración de tales principios, objetivos y criterios conlleva la ineficacia del régimen pensional y/o de asignación de retiro respectivo, tal como lo previó expresamente el artículo 5º de la referida Ley 923:

*"ARTÍCULO 5o. LÍMITES LEGALES. Todo régimen pensional y/o de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos".*

Tal como ya se había reseñado, no hay duda que a los Soldados Profesionales no se les tiene en cuenta la partida de la prima de navidad para efectos de liquidar la asignación de retiro y se prohíbe incluir otra distinta de las que allí se enlistan, contrario a lo regulado para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares a quienes sí se les tiene en cuenta dicha partida.

Al respecto, la Sala advierte que tal regulación no cumple con los principios, objetivos y criterios plasmados en Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, pues la omisión de incluir la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales infringe la prohibición de no discriminación y el principio de equidad.

Acercas del derecho a la igualdad en el marco específico del régimen especial de la Fuerza Pública, la Corte Constitucional<sup>16</sup> consideró lo siguiente:

*"3.1 El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes<sup>17</sup>. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.*

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-229 de 2011.

<sup>17</sup> Sobre el tema de la igualdad se ha pronunciado la Corte en múltiples sentencias, entre las cuales se pueden consultar la T-597 de 1993; C-461 de 1995; C-230 1994; C-101 de 2003 (sobre regímenes especiales).

No obstante, el anterior enunciado puede presentar variables que por sí mismas no hacen que una norma sea discriminatoria. Así, el legislador puede dar un trato distinto a personas que, respecto de un cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales. Así mismo, la igualdad no excluye la posibilidad de que se procure un tratamiento diferente para sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique<sup>18</sup>.

De este modo, no existe trato discriminatorio cuando el legislador otorga un tratamiento diferente a situaciones que, en principio, podrían ser catalogadas como iguales, si tal igualdad sólo es aparente o si existe una razón objetiva y razonable que justifique el trato divergente. De la misma manera, nada se opone a que el legislador prodigue un tratamiento idéntico a situaciones aparentemente distintas, pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad.

**Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad**<sup>19</sup>.

(... ..)

3.3 Para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido como metodología válida la realización de un juicio de igualdad<sup>20</sup>. Dicho juicio implica establecer cuáles son las situaciones o supuestos susceptibles de comparación con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo diferente que amerite un trato divergente. Una vez hecho lo anterior, hay que verificar si ese tratamiento obedece o no a criterios objetivos, razonables, proporcionados y que resulten acordes con una finalidad constitucional legítima. En últimas, lo que hay que establecer es si la norma objeto de control constitucional regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable. **Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual**<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Al respecto se ha pronunciado la Corte en las sentencias C-445 del 4 de octubre de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-590 del 7 de diciembre de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-173 del 29 de abril de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>19</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996.

<sup>20</sup> Pueden consultarse las sentencias C-445 de 1995, ya citada, C-598 del 20 de noviembre de 1997, C-654 del 3 de diciembre de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-888 del 22 de octubre de 2002.

<sup>21</sup> Sobre la estructura del derecho a la igualdad y concretamente lo relacionado con el test de razonabilidad pueden consultarse las sentencias T-230 del 13 de mayo de 1994 y C-022 de 1996, ya citada.

3.4. En lo que concierne a regímenes especiales, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que su existencia, per se, no desconoce el principio de igualdad<sup>22</sup>. Tales regímenes responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social<sup>23</sup> y su objetivo reside en la "protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados"<sup>24</sup>. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinara su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P.).

3.5. En el marco específico de este régimen especial, la jurisprudencia ha aceptado que es posible entrar a comparar las eventuales diferencias de trato que se establecen en su interior entre dos grupos de personas: los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares<sup>25</sup>.

Ha justificado esta posibilidad en varias consideraciones: (i) Se trata de grupos que si bien no son idénticos si se encuentran en la misma situación de hecho; (ii) Las razones que justifican excluir a los oficiales del régimen prestacional general, son las mismas que justifican excluir a los suboficiales; (iii) Las especiales condiciones laborales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares es lo que lleva a la Constitución (artículo 217) y a la ley (artículo 279 de la Ley 100 de 1993) a ordenar al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos, sin distinguir entre oficiales o suboficiales; (iv) **la regulación se efectuó mediante un solo decreto, el Decreto Ley 1211 de 1990, en el cual se contemplan varias normas que los cobijan a ambos grupos, en las que se establecen las mismas reglas y consecuencias jurídicas para oficiales y suboficiales**<sup>26</sup><sup>27</sup>". (Resaltado de la Sala).

Para la Sala no es de recibo el argumento esbozado por la entidad demandada para negar la inclusión de la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del

---

<sup>22</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En igual sentido se han proferido las sentencias C-654 de 1997, ya citada, C-080 del 17 de febrero de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-890 del 10 de noviembre de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-956 del 6 de septiembre de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y C-1032 del 27 de noviembre de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

<sup>23</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>24</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-888 de 2002.

<sup>26</sup> Dos de las situaciones en que el Decreto Ley 1211 de 1990 establecen tratos idénticos para oficiales y suboficiales, son por ejemplo el período de prueba (Art. 35) y el subsidio familiar (Art. 79).

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia C-888 de 2002.

demandante, con el argumento que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 no la enlistaba (fl.27); al contrario, se evidencia que el Ejecutivo, al excluir tal beneficio a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y por ende, del artículo 16 ibídem, y al incluirla para los mismos efectos a los Oficiales y Suboficiales de la misma Fuerza Pública, originó un trato desigual y discriminatorio de cara a los Soldados Profesionales.

La Sala, en atención de los principios plasmados en el precepto legal 103 de la Ley 1437 de 2011-CPACA, patentizará *"la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico"*, esto es, dará aplicación al artículo 4º del Ordenamiento Superior y al artículo 148 del CPACA, consistente en inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser inconstitucional e ilegal frente a los fines de la Ley 923 de 2004, por las siguientes razones:

- Si bien, a los Soldados Profesionales se les reconoce en servicio activo la prima de navidad de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es excluido al momento de su retiro, como lo prevé el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y el parágrafo lo prohíbe incluir, teniéndose en cuenta solamente la prima de antigüedad. A su turno, en el artículo 16 ibídem, únicamente adiciona el porcentaje previsto para la prima de antigüedad, sin que igualmente se indique nada respecto de la prima de navidad.

- En el otro grupo de miembros de la Fuerza Pública, denominados Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, se les reconoce la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 y también en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, -en el que se exceptúa a los soldados profesionales-, diferenciación de trato que para la Sala no es plausible constitucionalmente, pues los dos grupos, -Soldados Profesionales y Oficiales y Suboficiales-, hacen parte de la misma Fuerza Pública.

La Sala precisa entonces, que para establecer tal situación, esto es, diferenciación de trato, se debe subsumir además otras circunstancias que efectivamente marcan la discriminación impartida entre partes, esto es, *"(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad"* <sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Sentencia C-057 de 2010. MP. Mauricio González Cuervo. También se citó en la T-587/06.

Si bien los dos grupos pertenecen a una misma Fuerza Pública, la diferencia que entre ellos radicaría se limita en determinar las responsabilidades o tareas a ejecutar en cabeza de cada uno, pues como bien lo ha enseñado la Jurisprudencia Constitucional<sup>29</sup>, los "**oficiales** son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los **suboficiales** les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales.<sup>30</sup>" y "**Los soldados profesionales** y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes<sup>31</sup>". Estos escenarios que desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, ubican a tales grupos en situaciones de hecho distintas y por lo mismo, en principio, no tendrían que estar sometidos al mismo tratamiento.

Así las cosas, la Sala se ocupa en determinar, si dicho trato -distinto-, apunta a una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales. En efecto, el artículo 13 Constitucional prevé que las personas son iguales ante la ley, que "*recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar,...*"; por lo que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, en especial para aquellas personas que por su condición económica, así lo requieran.

Así entonces y siguiendo el test de razonabilidad y proporcionalidad que para el efecto la Sala realiza, se obtiene que el trato desigual plasmado en la no inclusión de la partida de la prima de navidad para efectos de liquidar la asignación de retiro al demandante -Soldado Profesional- y quien tiene una remuneración inferior (Fl. 7 C-ppal) frente a los Oficiales y Suboficiales, para quienes sí se les tiene en cuenta tal partida para liquidar su asignación de retiro, como lo prevé los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, no efectiviza los principios y derechos constitucionales referenciados, como tampoco existe proporcionalidad entre el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad.

Finalmente, si bien en principio resultaría acertada la decisión que la entidad demandada emitiera en los actos demandados, pues se

---

<sup>29</sup> Sentencia C-057 de 2010.

<sup>30</sup> Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

<sup>31</sup> Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

ajustan a los lineamientos del artículo 13.2 y 16 del Decreto 4433 de 2004, negando la inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro del demandante, la Sala confirmará la inaplicación del parágrafo del artículo 13 ibídem por considerar que es evidente su inconstitucionalidad e ilegalidad.

Del mismo modo, no resulta ser un hecho cierto como lo afirma la encartada, que el actor carezca del derecho a que le sea incluida como partida computable de su asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad, porque *"es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas ni siquiera en actividad"*<sup>32</sup>, cuando, además de estar expresamente consagrada en el artículo 5º del Decreto 1793 de 2000, de la documental allegada por la misma entidad con la contestación de la demanda, más exactamente de la certificación emitida por el Jefe de Atención al Usuario de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, se hizo constar que al Soldado Profesional Melquisedech Silva, en el mes de noviembre de 2011, le fueron presupuestados como **prima de navidad** doce (12) días, por valor de \$813.576,00<sup>33</sup>, razón que junto con las anteriormente fundadas son suficientes para concluir que sí se demostró que el interesado devengó en actividad la citada partida, por lo menos en el año anterior a su retiro.

Finalmente, con respecto a la solicitud de la entidad apelante relativa a la exoneración de costas y agencias en derecho en primera instancia, al considerar que las mismas no se encuentran debidamente acreditadas y que su actuación se limitó a ejercer la defensa judicial de la entidad sin incurrir en actos dilatorios ni temerarios, en contraposición a ello, para la Sala, el A quo aplicó de manera correcta el régimen objetivo de las costas, en el entendido que prosperaron las pretensiones de la demanda, pues nótese que a diferencia de otros casos análogos que han sido analizados por la Sala, en este caso no salieron avante ni siquiera parcialmente los argumentos de defensa expuestos por la encartada, y tampoco fue declarada de oficio la excepción de prescripción al no encontrarse configurada.

Así las cosas, la anterior argumentación resulta suficiente para determinar que al no consolidarse la situación descrita en el numeral 5º del artículo 365 del Estatuto Procesal Civil vigente<sup>34</sup>, escapa de la

---

<sup>32</sup> Folio 122 C- 2ª Instancia.

<sup>33</sup> Folio 61 C- 1ª Instancia.

<sup>34</sup> *Condena en costas*. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

órbita del Juzgador efectuar un juicio de valor con respecto a la actuación de las partes para llegar a abstenerse de condenar en costas al extremo vencido en el litigio, siendo en su lugar procedente dar aplicación al numeral 1º *ibídem*<sup>35</sup>, esto es condenar en costas a la parte derrotada en el proceso, razón por la cual dicho argumento de alzada tampoco está llamado a la prosperidad.

Por lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia de 23 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

### **De las costas y agencias en derecho**

El artículo 188 del CPACA, dispone que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

Sobre la aplicación de las costas procesales, la Sala empleaba la postura según la cual, estas atendían al criterio netamente objetivo en el que se condenaba a la parte que resultaba desfavorecida en el proceso. Sin embargo, es dable advertir que a la luz de la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado se modificará dicha posición deduciendo que las costas no se refieren específicamente al aspecto objetivo, sino que, se deben que analizar otros criterios que permitan una correcta decisión por parte de operador judicial.

Al respecto, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo interpretó el artículo 188 del CPACA, indicando que la condena en costas no hace referencia a la imposición de las mismas de manera objetiva sin que medie sustento alguno que permita evidenciar la conducta de las partes, en este sentido, es necesario aclarar que la norma alude a la obligación a cargo del Juez de pronunciarse sobre la procedencia o no de imponer las costas a la parte vencida:

*"...Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos*

---

**5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.(...)"**—Resalta la Sala—

<sup>35</sup> (...)1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)”

*contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.*

*Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide.*

*En ese orden de ideas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por ser la norma adjetiva actualmente vigente en materia de costas. Aunque en el numeral 1° de dicho precepto se establece en forma perentoria que "se condenará en costas [...] a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación [...]" y en el numeral 3° de la misma norma se dispone que "En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda", observa la Sala que en el asunto sub examine no hay lugar a imponer una condena en costas en contra de la empresa CITITEX UAP S.A., por el hecho de no haber prosperado los argumentos de la apelación, pues lo real y cierto es que en el cuaderno de segunda instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación.*

*Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.", condición que como ya se dijo no se cumple en este caso..."<sup>36</sup> (Subrayado fuera de texto)*

En síntesis, lo anterior hace alusión a que cuando se ventilen derechos que por su naturaleza pertenecen a la órbita particular e individual, el correcto proceder es analizar la procedencia o no de la condena en costas. Igualmente, dentro de dicho análisis es indispensable que el operador judicial determine si en la instancia se debe restablecer el equilibrio económico de quien tuvo que acceder a la administración de justicia, es decir, se debe comprobar la causación efectiva de las costas.

---

<sup>36</sup> Consejo de Estado. Sección Primera, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, sentencia de dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

Ahora bien, frente al caso concreto, quedó demostrado que la parte demandante, quien terminó favorecida dentro del presente proceso, intervino en el trámite de la segunda instancia presentando alegatos de conclusión<sup>37</sup>, es decir, se hallan acreditadas las expensas y los gastos efectuados en el trámite de alzada, es una razón suficiente para concluir que hay lugar a su imposición.

En suma, teniendo en cuenta que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, la Sala tendrá en cuenta lo normado para la materia en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, en atención a lo señalado en los artículos 3, 4 y 6 del referido Acuerdo, se condenará al pago de Agencias en Derecho en contra de la parte vencida y a favor de la demandante por el valor que resulte de aplicar el UNO POR CIENTO (1%) al valor de las pretensiones.

### III. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015), de conformidad con las consideraciones de la presente providencia.

**SEGUNDO.-** Condenar en costas y agencia en derecho a la parte demandada en esta instancia. Tásense las agencias en derecho en segunda instancia en el equivalente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones, conforme lo señala el Acuerdo 1887 de 2003.

**TERCERO.-** En firme esta providencia, por Secretaria comuníquese a las partes en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.

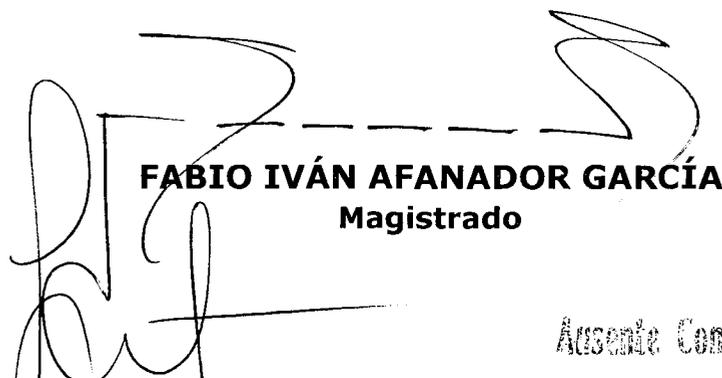
---

<sup>37</sup> Folios 152-175 C. 2ª Instancia.

**CUARTO.-** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia, y de ello déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala de Decisión No. 1 según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**  
Magistrado

Ausente Con Permiso

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**  
Magistrado

**CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ**  
Magistrada

Njmc

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOYACA

NOTIFICACION POR ESTADO

El acto anterior se notifica por estado

No 189 de hoy, 16 NOV 2017

EL SECRETARIO