Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00286-00

Cartagena de Indias D. T y C, Tres (03) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2016-00286-00**
Demandante	**FREDY HERNAN PINO ARIAS**
Demandado	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL y ARMADA NACIONAL**
Tema	**Reliquidación Asignación de Retiro 20% y Prima de antigüedad.**
Sentencia No	**0194**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por FREDY HERNAN PINO ARIAS, a través de apoderado judicial, contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) y ARMADA NACIONAL**.

2. ANTECEDENTES

- **PRETENSIONES**

1- Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2016-22288 de fecha 11 de abril de 2016. por medio de la cual CREMIL negó las peticiones solicitadas por el demandante.

2. Que a título de restablecimiento del derecho se condene a CREMIL que liquide la asignación de retiro del actor tomando como base la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 01 del decreto 1794 de 2000.

3. Que se liquide la asignación de retiro del actor conforme lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5 de la prima de antigüedad.

4. Que se ordene el reajuste de la asignación de retiro del actor año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones efectuadas.

5. Que se ordene el pago indexado de los valores que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente pagadas por concepto de asignación de retiro conforme el artículo 187 del CPACA.

6. Que se paguen intereses de mora.

7. Que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

- **HECHOS**

Como fundamentos facticos de su acción, la parte demandante, en resumen, planteó los siguientes:

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00286-00

El demandante ingresó al Ejército Nacional antes del año 2000, como soldado voluntario en vigencia de la ley 131 de 1985, a partir del 2003 por decisión del Ejercito Nacional pasó a ser denominado soldado profesional.

El demandante percibía una asignación mensual igual a un salario mínimo incrementado en un 60%, el cual fue cancelado hasta el 31 de octubre de 2003, pero a partir del 01 de noviembre del mismo año, fecha en la cual obtuvo el status de Soldado Profesional, su asignación disminuyó a un salario mínimo incrementado en un 40%.

El 01 de abril de 2016, el actor presentó derecho de petición solicitando la reliquidación, reajuste y pago de su asignación salarial, por lo que CREMIL le responde a través de acto administrativo No. 2016-22288 de fecha 11 de abril de 2016, que niega las pretensiones solicitadas.

- **NORMAS VIOLADAD Y CONCEPTO DE VIOLACION.**

Considera el apoderado judicial del accionante que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

- Constitucionales artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58.

- Ley 131 de 1985, Ley 4° de 1992, Ley 923 de 2004, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

En concreto manifestó, que la entidad demandada con el acto administrativo acusado viola las normas invocadas, porque de acuerdo al inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, debió liquidar la asignación de retiro del actor, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% del mínimo, y no un salario mínimo incrementado en un 40%, como lo ha venido haciendo.

- **CONTESTACIÓN**

- **CREMIL** contestó la demanda en los siguientes términos:

En cuanto al reajuste solicitado del 40% al 60%, no le asiste razón al actor, porque la norma aplicable a su caso que es el artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, habla solamente del 40% y no de un porcentaje diferente.

En cuanto a la re-liquidación de la asignación de retiro, teniendo en cuenta la prima de antigüedad, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando.

Propuso las excepciones de FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES, NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES Y AUSENCIA DE VULNERACION AL DERECHO A LA IGUALDAD.

- **ARMADA NACIONAL.**

Manifiesta que el actor se incorporó voluntariamente como soldado profesional y quedó sometido al régimen establecido en los decretos 1793 de 2000 y 1794 de 2000, por ende comenzó a gozar de todos los beneficios consagrados en dicha normativa. Es decir, paso de ganar una bonificación a tener un salario con todas las prestaciones sociales.

Además, el accionante en ningún momento, cuando le empezaron a cancelar dichas prestaciones, interpuso acciones para manifestar su inconformidad, y las cesantías le fueron canceladas anualmente.

Propone como excepción la de PRESCRIPCION.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

- **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el día 30 de noviembre de 2016, correspondiéndole su conocimiento a este despacho, quien procedió a su admisión mediante auto adiado 17 de enero de 2017, siendo notificada al demandante por estado electrónico 003.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 31 de enero de 2017, de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, se citó a audiencia inicial para el 08 de agosto de 2017, pero dicha diligencia fue suspendida porque se vinculó al MINISTERIO DE DEFENSA. Por esta razón, luego de trabada la Litis, en auto del 28 de junio de 2018, se convocó a las partes a audiencia inicial para el día 03 de septiembre de 2018, conforme con el artículo 180 del CPACA, en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos orales en la misma diligencia, para lo cual se concedió un término de 10 minutos.

- **ALEGACIONES**

DE LA PARTE DEMANDANTE. No presentó alegatos. (Audio)

DE LA PARTE DEMANDADA: Reitera los argumentos expuestos con la contestación de la demanda. (Audio)

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- **PROBLEMA JURIDICO**

1) Determinar si el demandante tienen derecho a que se reliquide su asignación mensual, tomando como asignación básica lo establecido en el inciso segundo del artículo 01 del decreto 1794 de 2000, es decir, un salario mínimo incrementado en un 60%.
2) Determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, es decir, que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.

- **TESIS**

El Decreto Reglamentario 1794 de 2000, trajo como peculiaridad una diferenciación entre soldados, en el sentido de distinguir, entre quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, y, quienes ya venían como soldados voluntarios; frente a los primeros estableció que tenían derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, frente a los segundos, dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En ese sentido, y en total armonía con el criterio unificado del Consejo de Estado, interpreta el Despacho, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4° de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para el Despacho no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que, a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

De otro lado, se concluye que la liquidación efectuada por la entidad accionada al momento de determinar la asignación de retiro aplicando el 38.5% de la prima de antigüedad, es ajustada a derecho y en consecuencia las pretensiones invocadas frente a este punto no tienen visos de prosperidad.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

En aras de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho se permite traer a colación la Sentencia de Unificación Jurisprudencial de fecha 25 de agosto de 2016, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Ponente SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, dentro del Radicado CE-SUJ2 85001333300220130006001 – No. Interno 3420-2015, en la cual se ventiló el tema de si, con fundamento en el inciso 2°, del artículo 1°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tiene derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico Incrementado en un 60%.

En dicha jurisprudencia, esa Honorable Corporación enseñó lo que a continuación se expone:

El legislador, a través del artículo 1° de la Ley 131 de 1985, estableció la posibilidad de que quienes hubieren prestado su servicio militar obligatorio, manifestasen su deseo de seguir vinculados a la Fuerza Pública, bajo la modalidad del servicio militar voluntario.

Sobre el particular, los artículos 1°, 2° y 3° de la norma en cita, señalaban:

> *"**Artículo 1.** Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.*
>
> ***Artículo 2.** Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*
>
> ***Parágrafo 1.** El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de 12 meses.*
>
> ***Parágrafo 2.** La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.*
>
> ***Artículo 3.** Las personas a que se refiere el artículo 2° de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley."*

Según las normas transcritas, quien hubiera prestado el servicio militar obligatorio, si así lo manifestaba al respectivo Comandante de Fuerza y este lo autorizaba, podía continuar vinculado a las Fuerza Pública, pero prestando sus servicios militares como soldados voluntarios.

Sobre la situación salarial y prestacional de los soldaos voluntarios, los artículos 4°, 5° y 6° de la Ley 131 de 1985, dispusieron lo siguiente:

> *"**Artículo 4.** El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.*
>
> ***Artículo 5.** El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.*
>
> ***Parágrafo.** Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.*
>
> ***Artículo 6.** El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada*

año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar."

De acuerdo con las normas trascritas, los soldados voluntarios eran remunerados con una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario". Así mismo, tenían derecho a percibir una "bonificación de navidad" igual al monto recibido como bonificación mensual "en el mes de noviembre del respectivo año". Y al ser dados de baja, se hacían acreedores a una suma igual a "un mes de bonificación por cada año de servicios y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar".

Así las cosas, la situación salarial y prestacional de los soldados voluntarios, en vigencia de la Ley 131 de 1985, se grafica de la siguiente manera, para su mejor comprensión:

SITUACIÓN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS VOLUNTRIOS EN VIGENCIA DE LA LEY 131 DE 1985	
Prestación social o salarial a la que tenían derecho	
Bonificación mensual	Equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementada en un 60%
Bonificación de navidad	Equivalente al monto recibido como bonificación mensual en el mes de noviembre del respectivo año
Bonificación al ser dado de baja (retirado)	Equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicios

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

A través de la Ley 578 de 2000 el legislador facultó al Presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas todo lo concerniente al régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 1º.-*** *<El aparte tachado fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1493 de 2000>. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de 6 meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares: el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la*

Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones."

Con fundamento en las anteriores facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1793 de 2000 *"por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, cuyo artículo 1° definió la calidad de soldado profesional en los siguientes términos:

> ***"Artículo 1. Soldados profesionales.*** *Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas."*

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

> ***"Artículo 3. Incorporación.*** *La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.*
>
> ***Artículo 4. Requisitos para la incorporación.*** *Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:*
>
> ***a)*** *Ser colombiano.*
>
> ***b)*** *Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.*
>
> ***c)*** *Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho.*
>
> ***d)*** *Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.*
>
> ***e)*** *Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.*
>
> ***f)*** *Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.*
>
> ***g)*** *Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.*
>
> ***Artículo 5. Selección.*** *Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*
>
> *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."*

De acuerdo con las disposiciones trascritas, además de los que ingresaban por primera vez, también podían ser enlistados como soldados profesionales, los uniformados que venían vinculados en los términos de la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, esto es, los soldados voluntarios; pero para ello, debían expresar al Comandante de Fuerza su intención de incorporarse como soldados profesionales y obtener su aprobación.

Esta dicotomía entre soldados profesionales que ingresaron por primera vez y los que siendo voluntarios fueron posteriormente enlistados como profesionales, es reconocida por el mismo Decreto Ley 1793 de 2000, cuando en su artículo 42 señala:

> ***"Artículo 42. Ámbito de aplicación.*** *El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales."*

A continuación, el Despacho grafica las diferencias entre estas dos categorías de soldados profesionales, en cuanto a su vinculación:

DIFERENCIAS ENTRE LOS SOLDADOS PROFESIONALES QUE ENTRARON POR PRIMERA VEZ A LA FUERZA PÚBLICA Y LOS QUE VENÍAN DE SER SOLDADOS VOLUNTARIOS, EN CUANTO A LOS REQUISITOS DE INGRESO.	
CATEGORÍA	**REQUISITOS DE INGRESO**
Soldados profesionales que venían como voluntarios	➢ Estar vinculados antes del 31 de diciembre de 2000, en los términos señalados en la Ley 131 de 1985, esto es, como soldados voluntarios. ➢ Expresar a los Comandantes de Fuerza, su intención de incorporarse como soldados profesionales. ➢ Obtener del respectivo Comandante de Fuerza la aprobación para incorporarse como soldados profesionales.
Soldados profesionales que ingresaron por primera vez a la Fuerza Pública luego de la creación del régimen de carrera del soldado profesional, en el Decreto Ley 1793 de 2000	➢ Ser colombiano. ➢ Inscribirse en el respectivo Distrito Militar. ➢ Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho. ➢ Ser mayor de 18 años y menor de 24 años. ➢ Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos. ➢ Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a

	la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial. - Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.

En este punto, es de tener en cuenta, que tanto el demandante como la entidad demandada, señalan que el proceso de incorporación del demandante como soldado voluntario al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, se produjo a través de la Orden Administrativa de Personal número 262 del 14 de agosto de 2003, por medio de la cual el Ministerio de Defensa dispuso su conversión obligatoria como soldado voluntario en soldado profesional.

En conclusión, de lo hasta ahora expuesto, a partir de lo normado en el Decreto Ley 1793 de 2000, pese a ostentar el mismo rango de soldados profesionales, los enunciados normativos analizados distinguen en este género de uniformados dos categorías en virtud de las diferencias objetivas que estipulan dichas normas en cuanto a su vinculación, esto es, la antigüedad de unos y la novedad de otros.

Esta subdivisión dicotómica de los soldados profesionales: entre quienes se vincularon *ex novo* a partir del 1º de enero de 2001 y los que encontrándose enlistados a las Fuerzas Militares antes del 31 de diciembre de 2000 fueron posteriormente incorporados al nuevo régimen, además de ser expresión de la realidad objetiva que caracterizó a la vinculación de cada grupo, tiene efectos salariales, como pasa a explicar este Despacho.

En lo que tiene que ver con el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000, en su artículo 38, autorizó al Gobierno Nacional para su expedición, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 38. Régimen salarial y prestacional.*** *El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."*

Es del caso precisar, que la Ley 4ª de 1992, a la cual debía ceñirse el Gobierno Nacional para expedir los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, consagra el principio de respeto de los derechos adquiridos en su artículo 2º, literal a), en los siguientes términos:

> ***"Artículo 2.-*** *Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*
>
> ***a.*** *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;(...)"*

Teniendo en cuenta las normas reseñadas, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 2000 cuyos artículos 1° y 2° definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios.

Sobre este particular, estima el Despacho conveniente trascribir los artículos 1° y 2° del referido Decreto Reglamentario 1794 de 2000:

> "***Artículo 1. Asignación salarial mensual.*** *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán 1 salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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 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 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.*
>
> ***Parágrafo.*** *Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."*

Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En ese sentido, y en armonía con el criterio unificado del Consejo de Estado, interpreta el Despacho, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una *"bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%"*.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4° de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00286-00

En armonía con lo expuesto, para el Despacho no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que, a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza el Despacho esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

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

Entiende el Despacho sobre el particular, que el inciso 2° del artículo 1° 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 percibía las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

El Despacho piensa entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Como el Ministerio de Defensa Nacional toma distancia de esta posición, que es la línea fijada por el Honorable Consejo de Estado, con fundamento en la tesis de la inescindibilidad de la norma, el Despacho se ocupará de ésta tesis a continuación.

El denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad, tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad. En efecto, el legislador desarrolló el principio de favorabilidad en armonía con el criterio de inescindibilidad en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

*"**Artículo 21. Normas más favorables.** En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad."*

El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda demostrada y fehaciente en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

En el caso bajo estudio no se evidencia la trasgresión al referido principio, puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1°, inciso 2°, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%.

Agrega el Despacho, que, al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, sólo que, a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793 y 1794 de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó, además, que dicho personal recibiera las prestaciones sociales que antes no devengaba.

De manera que con la interpretación dada al artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, no se está generando una nueva norma a través de la combinación de varios contenidos normativos enfrentados, ni tampoco se está escogiendo como aplicables fragmentos legales de diferentes normatividades, pues, la regulación salarial de los soldados profesionales se encuentra contenida en un único estatuto, que es el mencionado Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Concluye el Despacho entonces, que la correcta interpretación del artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que, a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.

Definido lo anterior, se precisa también la situación salarial de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez luego de la creación de dicho régimen con el Decreto Ley 1793 de 2000, a quienes el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les determinó que devengarían un salario mensual equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico; es necesario precisar a continuación los efectos prestaciones del reajuste salarial del 20% reclamado.

De acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los Soldados Profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

> *"**Artículo 2. Prima de antigüedad.** Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.*
>
> ***Parágrafo.** Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.*
>
> ***Artículo 3. Prima de servicio anual**. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los 15 primeros días del mes de julio de cada año.*
>
> ***Parágrafo 1.** Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.*
>
> ***Parágrafo 2.** Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de 90 días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.*
>
> ***Artículo 4. Prima de vacaciones**. A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al 50% del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del 1º de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.*
>
> *Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.*
>
> ***Artículo 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 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.*

Parágrafo. *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 parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.*

...

Artículo 9. Cesantías. *El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional.*

...

Artículo 11. Subsidio familiar. *A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

La lectura de las disposiciones trascritas 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 aparejados efectos prestacionales y da lugar a que también les sean re liquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.

PRIMA DE ANTIGÜEDAD

Como desarrollo de la ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional expidió 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", cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

Dentro del decreto en mención, específicamente en el artículo 3, se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados sentados por el constituyente derivado en la Ley 923 de 2004, veamos:

> *"Artículo 3°. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad".*

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de

la Fuerza Pública, deben estar orientadas por los principios reseñados ut supra, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad, y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera puntual a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables; el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16, estipuló:

> *"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> ***13.1 Oficiales y Suboficiales:***
>
> *13.1.1 Sueldo básico.*
>
> *13.1.2 Prima de actividad.*
>
> *13.1.3 Prima de antigüedad.*
>
> *13.1.4 Prima de estado mayor.*
>
> *13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.*
>
> *13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
>
> *13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.*
>
> *13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*
>
> ***13.2 Soldados Profesionales:***
>
> *13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.*
>
> *13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*
>
> *Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.*
>
> *(...)*

La Ley 923 de 2004 fijó la posibilidad de que los Soldados Profesionales devengaran una asignación de retiro, siendo que, sobre dicha prestación, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 dispone lo siguiente:

> ***"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.

De la norma en comento, se tiene que los Soldados Profesionales que sean retirados o que se retiren y que cumplan 20 años de servicio tienen derecho a acceder al reconocimiento de una asignación mensual de retiro, siendo que, en lo que respecta a las partidas computables para su liquidación y los porcentajes que se toman de los mismos, señala que la asignación de retiro corresponde al 70% del salario mensual que se indica en el artículo 13.2.1 de la norma en cita adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. Ahora, sobre el cómputo del salario mensual para efectos de la asignación de retiro, la norma precitada indica:

> *"**ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES.** La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> *(...) (...)*
>
> *13.2 Soldados Profesionales:*
>
> *13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000".*

De igual forma, el artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000 señala en su tenor literal:

> *"**ARTICULO 1°. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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%)".*

De conformidad con las normas en mención se tiene entonces que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales corresponde al 70% del salario mensual *–el cual corresponde al inciso 1° del artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000, es decir, un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un cuarenta por ciento (40% del mismo salario)-* adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, siendo que sobre la suma resultante no procede ningún otro computo porcentual.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

- **CASO CONCRETO**

Sea lo primero dilucidar, que CREMIL formuló la excepción de **Falta de legitimación en la causa por pasiva,** alegando que si bien la posición actual del Consejo de Estado es que a los soldados profesionales e infantes de marina debe incrementársele el salario mínimo en un 60%, también es cierto que la reclamación de reajuste salarial debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional, por ser la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la fuerza pública y consiguientemente, ser la entidad que expide la hoja de servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Frente a la exceptiva enunciada por la demandada, es importante tener en cuenta que conforme resolución No. 5833 de 05 de diciembre de 2011, emitida por MINISTERIO DE DEFENSA-CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, se reconoció y ordenó pagar la asignación de retiro a favor del señor FREDY HERNAN PINO ARIAS, con cargo al presupuesto de CREMIL y a partir del 30 de diciembre de 2011; de lo anterior se deduce que el actor no se encuentra en servicio activo, por el contrario, se encuentra devengando una asignación de retiro, y por ende, la obligación de pagar dicha asignación se encuentra en cabeza de CREMIL. Aunado a lo anterior, se observa que las pretensiones del presente medio de control tienen como objeto la reliquidación de la ASIGNACION DE RETIRO, y no de la asignación salarial del demandante, por tal virtud, no le asiste razón a la accionada, en consecuencia, se declarara no probada la excepción formulada y se exonerara de responsabilidad alguna a la ARMADA NACIONAL.

Ahora bien, al valorar las pruebas que obran en el expediente, constata el Despacho que el demandante se desempeñó como: i) soldado voluntario desde el 01 de febrero de 1993 hasta el 13 de agosto de 2003; y ii) soldado profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta 30 de septiembre de 2011, según hoja de servicio visible a folio 74; por lo tanto es un hecho probado que su situación queda cobijada por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

También se encuentra acreditado, que el **01 de abril de 2016**, el demandante solicitó al Ministerio de Defensa Nacional, en ejercicio del derecho de petición, el reconocimiento y pago del reajuste salarial y prestacional del 20%, toda vez que, a su juicio, desde que se registró su incorporación como Soldado Profesional, la parte demandada le ha venido reconociendo y pagando el incremento previsto en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 en un 40% y no en porcentaje igual al 60%, como lo establece el inciso 2° de la disposición en cita. De igual forma, también solicitó en dicha petición que se liquidara su asignación de retiro con base en el porcentaje de prima de antigüedad con un 38.5%.

En respuesta en su petición formulada en sede administrativa, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a través del acto administrativo No. 2016-22288 de 11 de abril de 2016, negó su solicitud.

Bajo estos supuestos, en armonía con lo dispuesto por el artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 y de acuerdo con la dilucidación realizada líneas arriba, estima el Despacho, que el señor FREDY HERNAN PINO ARIAS tiene 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 Agosto de 2003 hasta la fecha en que se produjo su retiro, esto es 30 de septiembre de 2011.

Para el Despacho, el hecho que el señor FREDY HERNAN PINO ARIAS 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 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones.

En relación con el argumento de una redistribución al reconocerle otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibía, precisa el Despacho, que la circunstancia de que el accionante, en su condición de soldado profesional, se beneficie de una serie de prestaciones sociales, que con anterioridad no devengaba como soldado voluntario, no implica per se una razón constitucional y legalmente aceptable para negarle el pago de salario básico previsto en el inciso

2º, del artículo 1º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 que antes devengaba, toda vez que, así lo fijó dicho estatuto al determinar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, que venían como voluntarios; normatividad que en ninguno de sus apartes, condicionó la posibilidad de percibir las demás prestaciones sociales en él contempladas a la renuncia de derechos previamente adquiridos.

Por lo tanto, este Despacho basado en lo anterior, declarará la nulidad del acto administrativo No. 2016-22288 de 11 de abril de 2016, mediante el cual CREMIL, negó la solicitud del actor de re-liquidación de la asignación retiro, en consecuencia, le ordenará que re-liquide la asignación retiro del señor FREDY HERNAN PINO ARIAS, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en 60% del mínimo, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, incluyendo los factores salariales.

De otro lado, manifiesta el actor que la fórmula empleada por CREMIL para liquidar la asignación de retiro con inclusión del 38.5% de la prima de antigüedad, no es la correcta. Al respecto es menester traer a colación concepto del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA de fecha 22 de enero de 2014, en el cual efectúa un análisis minucioso sobre la fórmula para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina de las fuerzas militares de acuerdo al artículo 16 del decreto 4433 de 2004 (fl 95-96). En dicho análisis, esta entidad explicó lo siguiente:

> *"al analizar el artículo en mención, se considera que este es claro al señalar que la asignación mensual de retiro para los soldados profesionales será equivalente al setenta por ciento (70%) del valor conjunto de los dos elementos que con fundamento en los artículos 13 y 16 del decreto 4433 de 2004 constituyen partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro.*
>
> *En efecto, la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del decreto ley 1794 de 2000, equivale al valor de un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al 38.5% del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional"*

Quiere decir lo anterior que la asignación de retiro se liquida teniendo en cuenta la suma del salario mensual incrementado en un 60%, más el 38.5% del equivalente a la prima de antigüedad, y a cuyo resultado se aplica el 70%, lo cual finalmente arroja el valor a reconocer por concepto de asignación de retiro a miembros de la Fuerza Pública.

Vale aclarar que si bien los conceptos emitidos por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA no son vinculantes, también es cierto que los mismos pueden servir de pauta o directriz para el administrador de justicia al momento de adoptar sus decisiones. Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 en su aparte final reza que "*En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*", sin embargo, efectuada la operación aritmética de lo liquidado y pagado por CREMIL en la asignación de retiro del actor, se colige que dicho valor excede el límite fijado por la ley, es decir, la liquidación efectuada por CREMIL es más beneficiosa y supera lo permitido por la normativa.

En este orden de ideas, se concluye que la liquidación efectuada por la entidad accionada al momento de determinar la asignación de retiro aplicando el 38.5% de la prima de antigüedad, es ajustada a derecho y en consecuencia las pretensiones invocadas frente a este punto no tienen visos de prosperidad.

Finalmente, CREMIL deberá pagarle al accionante el referido incremento a partir del 01 de abril de 2012, toda vez que, como quedó visto en el expediente, éste formuló su reclamación en sede

gubernativa, el 01 de abril de 2016 (fl 37-39); ello en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente. Las sumas a favor del demandante y las deducciones por aportes se ajustarán de acuerdo a las normas legales.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explica el Consejo de Estado[1] a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, como se conceden parcialmente las pretensiones no hay lugar a condena en costas.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE LA NULIDAD del acto administrativo No. 2016-22288 de 11 de abril de 2016, mediante el cual CREMIL, negó la solicitud del señor FREDY HERNAN PINO ARIAS de re-liquidación de la asignación retiro, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como restablecimiento del derecho, ORDÉNESE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), que re-liquide la asignación retiro del señor FREDY HERNAN PINO ARIAS, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% del mínimo, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 a partir del 01 de abril de 2012.

TERCERO: DECLÁRASE LA PRESCRIPCIÓN del ajuste de valor y el pago de los mismos, respecto de las sumas causadas con anterioridad al **01 de abril de 2012**, conforme a la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: La presente sentencia se cumplirá de conformidad con lo establecido en los artículos 187, 189, 192 y 193 del CPACA.

QUINTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

[1] Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 1291201-4, Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00286-00

SEXTO: Sin costas.

SEPTIMO: Una vez en firme ésta sentencia, expídase copias para su cumplimiento, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez