

**Función Pública**

Sentencia 2016-02215 de 2021 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

PRIMA MENSUAL DE GASTOS DE REPRESENTACIÓN EN LAS FUERZAS MILITARES – Solo para el personal en servicio activo / PRIMA MENSUAL DE GASTOS DE REPRESENTACIÓN EN LAS FUERZAS MILITARES – No es computable en la asignación de retiro / INSCRIPCIÓN EN EL ESCALAFÓN COMPLEMENTARIO – Objeto / RELIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CON LA INCLUSIÓN DE LA PRIMA MENSUAL DE GASTOS DE REPRESENTACIÓN – Imprudencia

Quienes ostenten los grados de oficiales generales y oficiales de insignia de la Armada y se encuentren en servicio activo tienen derecho a una prima mensual de gastos de representación correspondiente al 30% del sueldo básico. El párrafo del Artículo 93 del Decreto 1790 de 2000 también otorga este derecho a otros militares que no ostentan los grados referidos pero que ocupan los cargos enlistados en él; sin embargo, respecto de estos es claro en señalar que no tendrán derecho a que se les compute dicho factor salarial en la asignación de retiro. En el caso presente, se demostró que el demandante pertenecía al grado de coronel en el escalafón regular de las Fuerzas Militares. De igual manera, que fue inscrito en el escalafón complementario y que, en virtud de ello, percibió las asignaciones salariales propias del grado superior, en este caso de Brigadier General, tal como lo estipula el Artículo 6º del Decreto 1790 de 2000. Así, recibió en servicio activo la prima por gastos de representación, pues el Artículo 93 del Decreto 1211 de 1990 la otorga para el grado de oficial general. Pese a lo anterior, no le asiste el derecho a que dicho emolumento sea tenido en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro, dado que i) solo podía recibirlo en servicio activo, tal como lo dispone el Artículo 75 del Decreto 1211 de 1990; y ii) por mandato de los Artículos 157 y 158 *ibídem*, una vez se produzca el retiro del servicio, la asignación de retiro debe liquidarse con los factores salariales percibidos en el escalafón regular y solo con la inclusión de los allí establecidos. Así las cosas, por ostentar el demandante el grado de coronel en el escalafón regular la prima de gastos de representación no puede incluirse en la liquidación de su asignación de retiro, pues esta, por así establecerlo el Artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, únicamente debe incluirse para la liquidación de quienes ostenten el grado de oficiales generales o de Insignia. Cabe recordar que la inscripción en el escalafón complementario no es un ascenso de grado, sino una ficción legal que implica un incentivo para que aquellos militares que no pudieron ser ascendidos por no acreditar todos los requisitos legales o porque las políticas de planta de personal no lo permitieron permanezcan en servicio activo. Por tanto, las prestaciones sociales deben ser liquidadas de acuerdo con el escalafón regular que ocupaban y con los factores salariales que se encuentran de forma expresa en el Artículo 158 del Decreto 1211 de 1990.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1790 DE 2000

CONDENA EN COSTAS – Criterio objetivo valorativo / CONDENA EN COSTAS – A cargo de la parte vencida en el proceso

Conforme con la interpretación del Artículo 188 del CPACA, que contempla para la fijación de las costas un criterio objetivo valorativo, sin que sea necesario analizar la conducta de las partes y, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, puesto que la entidad demandada presentó alegatos de conclusión tal como se pudo comprobar y quedó plasmado en la constancia secretarial visible en el folio 161. Además, porque el recurso de apelación le fue desfavorable.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la condena en costas en los procesos tramitados por la Ley 1437 de 2011, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, radicación: 1291-14, C.P.: William Hernández Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 365

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-42-000-2016-02215-01(6467-18)

Actor: RAFAEL MEJÍA ROA

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de marzo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección A por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado, el señor Rafael Mejía Roa formuló demanda para que se declare la nulidad del Oficio cremil 1688221-1698137 del 4 de diciembre de 2015, proferido por el subdirector de prestaciones sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través del cual le negó la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del 30% que percibió por la prima de gastos de representación.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad a i) reliquidar la asignación de retiro teniendo en cuenta el 30% de la prima referida; ii) pagar el retroactivo, intereses, indexación y demás derechos que resulten de la reliquidación, así como los perjuicios causados. Todas las sumas deben actualizarse conforme el Índice de Precios al Consumidor.

Finalmente, pidió que el cumplimiento de la sentencia se dé conforme con los Artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado del demandante, señaló los siguientes:

i) El señor Mejía Roa se vinculó al Ejército Nacional desde el 01 de diciembre de 1976 hasta el 15 de febrero de 2010. Cumplió un primer periodo desde la fecha inicial referida hasta el 15 de abril de 2005 cuando fue retirado del servicio. Luego tuvo un segundo periodo que va desde el 30 de junio de 2005, cuando fue reincorporado mediante el Decreto 2225 de igual año en el escalafón complementario, hasta su retiro definitivo.

ii) A través de la Resolución 0945 del 23 de marzo de 2010 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación de retiro en favor del demandante. El reconocimiento no tuvo en cuenta el 30% de la prima de gastos por representación que devengó durante todo el tiempo de servicio que prestó en el escalafón complementario.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los Artículos 1, 2, 13, 25, 43, 44 y 53 de la Constitución Política; 182 del Decreto Ley 262 de 200 y los Decretos 1211 de 1990 y 1790 de 2000.

El apoderado del demandante, al desarrollar el concepto de violación, expuso que el Estado Social de Derecho debe respetar los derechos y garantías de los ciudadanos siempre bajo el concepto de la dignidad humana. Enseguida, manifestó que en virtud de los Artículos 13 y 25 Constitucionales no puede el señor Mejía Roa ser discriminado y, por el contrario, se le debe proteger el trabajo y la igualdad de oportunidades.

Dicho lo anterior, citó el texto de los Artículos 25, 26 y 93 del Decreto 1211 de 1990 que regulan el escalafón regular, complementario y la prima de gastos de representación de los miembros del Ejército Nacional. No obstante, no explicó de qué manera estas normas fueron vulneradas.

1.2. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda de manera extemporánea, según quedó consignado en el acta que contiene la Audiencia Inicial visible en los folios 77 y 78.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 15 de marzo de 2018² denegó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar la decisión expuso los siguientes argumentos:

i) De acuerdo con el Artículo 2.º de la Ley 26 de 1981 y luego con los Artículos 26 y 27 del Decreto 1211 de 1990 y 30 del Decreto 1790 de 2000 el escalafón complementario dentro de las Fuerzas Militares se estableció para que los oficiales y suboficiales que merecían ser ascendidos y no lo fueron, por carencia de vacantes o no cumplimiento de requisitos legales, y permanezcan en servicio activo.

ii) En virtud de los Artículos 75, 93, 157 y 158 del Decreto 1211 de 1990 los oficiales y suboficiales ingresados en el escalafón complementario tienen derecho a recibir iguales emolumentos salariales que el grado inmediatamente superior mientras permanezcan activos. Sin embargo, una vez retirados del servicio la asignación de retiro debe liquidarse conforme con las partidas computables establecidas taxativamente en el Artículo 158 de la norma referida, la cual no incluye la prima por gastos de representación, salvo para los grados de generales o insignia.

iii) El demandante fue retirado del servicio mediante la Resolución 1170 del 15 de abril de 2005. Luego fue reincorporado al servicio a través de la Resolución 02225 del 30 de junio de 2005 e inscrito en el escalafón complementario en virtud del Decreto 4523 del 6 de diciembre de 2006. El grado que ostentaba era el de coronel. De esta manera, tenía derecho a recibir la prima de gastos de representación mientras estuvo en servicio activo. Una vez retirado del servicio no tenía derecho a que se incluyera en la liquidación de la asignación de retiro, pues el Artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 no la contempla para tales efectos. Además, no ostentaba el grado de general o de insignia.

1.4. El recurso de apelación

El apoderado del señor Rafael Mejía Roa interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, pidió que fuera revocada y que se acceda a las pretensiones³ con fundamento en los siguientes argumentos:

i) La sentencia apelada apoyó su decisión en jurisprudencia desactualizada y que no tiene en cuenta los tratados de derecho laboral de la OIT que van encaminados a ampliar los derechos de los trabajadores (no indica cuáles).

ii) Citó el texto de los Artículos 25, 26 y 93 del Decreto 1211 de 1990 que regulan el escalafón complementario y señaló que en el presente caso no puede existir un trato discriminatorio y se debe incluir la prima de gastos de representación, dado que en situaciones similares el Consejo de Estado ha dicho que todos los pagos recibidos por los trabajadores deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales.

Trajo a colación como antecedentes la sentencia de esta corporación en la que se examinó la nulidad del Decreto 4040 de 2004 que creó la bonificación por gestión judicial e hizo alusión a las sentencias de unificación en las que se ha analizado el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición a quienes los rige la Ley 33 de 1985.⁴

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1 Parte demandante.

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.⁵

1.5.2. Parte demandada

Las entidad demandada señaló⁶ que por disponerlo el Artículo 93 del Decreto 1211 de 1990 la prima de gastos por representación se reconoce únicamente a los oficiales generales o de insignia de las Fuerzas Militares. Añadió que se otorga a los oficiales inscritos en el escalafón complementario que gozan de las prestaciones del grado inmediatamente superior mientras permanezcan en servicio activo, pues así lo manda el Artículo 75 *ibidem*.

En esa línea, expresó que los oficiales inscritos en el escalafón complementario y que tienen ese beneficio lo pierden una vez se retiran del servicio y solicitan el reconocimiento de la asignación de retiro, ya que los factores salariales para la liquidación de la prestación social son los establecidos para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares de forma taxativa en el Artículo 158 del Decreto 1211 de 1990. Por tal razón, si bien el demandante recibía la prima de gastos de representación como lo haría un brigadier general, ella no puede tenerse en cuenta para la liquidación de su asignación de retiro.

Finalmente, manifestó que el señor Rafael Mejía Roa no puede acceder a la prima referida, pues en ningún caso ascendió automáticamente por estar inscrito en el Escalafón complementario al grado de Brigadier General.

1.6. El Ministerio Público

El Ministerio Público no se pronunció, tal como lo informa la constancia secretarial visible en el folio 161.

2.Consideraciones

2.1. Problemas jurídicos

La Sala debe dilucidar en el presente caso si el demandante tiene derecho a que se reliquide su asignación de retiro con la inclusión de la prima de gastos de representación⁷ que devengó cuando fue reincorporado a las Fuerzas Militares en el escalafón complementario.

2.1.1. Liquidación de la asignación de retiro de los suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares inscritos en el escalafón complementario.

El Decreto 1211 de 1990 dividió el escalafón militar en regular y complementario. El primero, establecido en el Artículo 25, es el conformado por los oficiales y suboficiales egresados de las escuelas de formación o de las unidades autorizadas para adelantar cursos, mientras permanezcan en servicio activo. El segundo, regulado en el Artículo 26, es el conformado por los oficiales y suboficiales que reúnen los requisitos de tiempo mínimo, excelente conducta y buenas condiciones profesionales en su grado para continuar en servicio activo, pero que no fueron ascendidos por carecer de las demás condiciones legales o por razón de las políticas generales sobre administración de personal. El Artículo 27 del decreto aludido señaló un tiempo límite en esta condición por 5 años.

Con posterioridad, el Decreto Ley 1790 de 2000, que derogó los Artículos referidos,⁸ definió el escalafón regular y el complementario de la siguiente manera:

ARTÍCULO 28. División del escalafón. El escalafón militar está dividido en escalafón regular y escalafón complementario.

ARTÍCULO 29. Escalafón Regular. Es el conformado por los oficiales y suboficiales egresados de las escuelas de formación o de las unidades autorizadas para adelantar cursos, mientras permanezcan en servicio activo.

ARTÍCULO 30. Escalafón Complementario. Es el conformado por aquellos oficiales que, habiendo reunido los requisitos de tiempo mínimo y excelente conducta, demuestren condiciones profesionales excepcionales en su grado para continuar en servicio activo.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional, reglamentará los requisitos para el ingreso al escalafón complementario.

ARTÍCULO 31. Límite de permanencia en el escalafón complementario. El oficial inscrito en el escalafón complementario, no podrá pertenecer por más de cinco (5) años a éste.

PARÁGRAFO 1o. Lo anterior no obsta para que el oficial inscrito en el escalafón complementario pueda ser retirado del servicio activo en cualquier época, por llamamiento a calificar servicios, por retiro discrecional, por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad militar, por incapacidad profesional, por inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Justicia Penal Militar para el delito de abandono del servicio, o por conducta deficiente.

En lo que respecta a las asignaciones y prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales y suboficiales que hacen parte del escalafón complementario, el Decreto 1211 de 1990, vigente para tales cuestiones por disposición del Artículo 154 del Decreto Ley 1790 de 2000,⁹ reguló dicho aspecto en el Artículo 75 conforme se cita a continuación:

Artículo 75. ASIGNACIONES MENSUALES Y PRIMAS PARA OFICIALES Y SUBOFICIALES DEL ESCALAFON COMPLEMENTARIO. Los Oficiales y Suboficiales inscritos en el Escalafón Complementario mientras permanezcan en servicio activo, devengarán la asignación básica, primas, subsidios y viáticos correspondientes al grado inmediatamente superior.

Por su parte, el Artículo 157 *ibidem*,¹⁰ en lo que respecta a la liquidación de las prestaciones sociales de dichos miembros, dispuso lo siguiente:

Artículo 157. Prestaciones de oficiales y suboficiales del escalafón complementario. Los Oficiales y Suboficiales inscritos en el Escalafón Complementario, conservarán todas las prerrogativas jerárquicas y las obligaciones correspondientes a su grado y antigüedad. Las prestaciones sociales a que haya lugar se liquidarán con base en las asignaciones que devenguen en el momento en que aquéllas se causen teniendo en cuenta lo preceptuado para los Oficiales y Suboficiales del Escalafón regular, y lo dispuesto en el Artículo 27 de este Decreto. (Resalta la Sala).

A su vez, el Artículo 158 *ejusdem* reguló la forma en que deben ser liquidadas las prestaciones sociales de los oficiales y suboficiales que se retiren del servicio, para lo cual precisó las partidas computables para dichos efectos. Dice la norma al respecto:

ARTÍCULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el Artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este Artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, [sic] ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales. (Resalta la Sala).

De los Artículos 75, 157 y 158 del Decreto 1211 de 1990 transcritos se advierte que los oficiales y suboficiales inscritos en el escalafón complementario, mientras estén en servicio activo, les asiste el derecho a devengar la asignación básica, las primas, los subsidios y los viáticos correspondientes al grado inmediatamente superior.

Igualmente, que una vez se produzca su retiro del servicio activo, las prestaciones sociales unitarias y las periódicas deben liquidarse con la inclusión del sueldo básico, la prima de actividad, la prima de antigüedad, la prima de estado mayor, la duodécima parte de la prima de navidad, la prima de vuelo y el subsidio familiar. También advierte el Artículo 158 *ibidem*, que los gastos de representación únicamente deben incluirse para la liquidación de quienes ostenten el grado de oficiales generales o de Insignia.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta sección ha sido del criterio que si bien los miembros de las Fuerzas Militares inscritos en el escalafón complementario cuando están en servicio activo reciben iguales emolumentos que los del grado inmediatamente superior por así disponerlo el Artículo 75 del Decreto 1211 de 1990, en el instante en el que se retiren del servicio y se realice la liquidación de la asignación de retiro únicamente deben computarse los factores salariales que se encuentran de manera taxativa en el Artículo 158 *ibidem* para el grado que ostentan en el escalafón regular.

Ello significa que si en servicio activo el militar perteneciente al escalafón complementario percibió primas, bonificaciones u otro emolumento del grado superior, y estos no se encuentran en el Artículo referido o sí lo están pero no se tiene en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro para el grado del escalafón regular al que pertenece, no tiene derecho a que se computen. Ello, en tanto que la inscripción en el escalafón era solo un incentivo para la permanencia en el servicio y no un ascenso en sentido estricto. En ese sentido se pronunció esta corporación de la siguiente manera:

De la ficción que hace la Ley para que tales Oficiales de Escalafón Complementario devenguen en servicio activo la asignación básica, primas y demás emolumentos correspondientes al grado inmediatamente superior, no puede inferirse que también tengan derecho a que se liquide la asignación de retiro en los mismos términos en que se liquida para los Oficiales del grado superior, ya que las normas que gobiernan la liquidación de las asignaciones de retiro no lo consagraron así.¹¹

En otra providencia la jurisprudencia manifestó lo que se transcribe a continuación:

De las probanzas referidas, la Sala infiere que cuando el actor ostentaba el Grado de Coronel del Ejército, fue inscrito en el Escalafón Complementario el 31 de diciembre de 1994 y que luego se produjo su retiro del servicio por solicitud propia a partir del 30 de junio de 1997.

Fue con ocasión de dicha desvinculación, que la Caja le reconoció la Asignación de Retiro, con exclusión de la Prima de Gastos de Representación.

Observa la Sala, que la negativa en comentario, la efectuó la Entidad demandada, con total sujeción a la normativa que regula la materia, habida cuenta que tal como se advirtió en el acápite pertinente, cuando el Oficial o el Suboficial se encuentra inscrito en el Escalafón Complementario, le asiste el derecho a devengar la asignación básica, las primas, los subsidios y los viáticos que correspondan al grado inmediatamente superior, pero siempre y cuando permanezca en servicio activo; ello en atención a que el Escalafón Complementario fue creado a modo de incentivo, para permitir la permanencia del Oficial o Suboficial, que no obstante sus calidades no podía ser ascendido por determinadas circunstancias establecidas legalmente.¹² (Resalta la Sala).

En un pronunciamiento más reciente de esta sección se ratificó la tesis expuesta en los términos que a continuación se exponen:

Conforme a la normativa citada en precedencia y en particular el Artículo 75 del Decreto 1211 de 1990, el actor, como coronel inscrito en el escalafón complementario, tenía derecho a recibir en actividad, los emolumentos salariales que se le reconocen al oficial del grado inmediatamente superior, es decir, los de brigadier general (Artículo 5 *ibidem*), entre otros, la prima de gastos de representación. Sin embargo, no le es dable pretender el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión de esta, comoquiera que los factores para efectuar la liquidación de esa prestación son los que corresponden al grado regular que ostentaba, mas no a aquel que adquirió con ocasión de la mencionada inscripción temporal.

(...)

De lo anterior, se concluye sin hesitación alguna que si bien es cierto que el demandante devengó la prima de gastos de representación por encontrarse inscrito en el escalafón complementario, también lo es que dicho privilegio se tiene mientras esté en actividad, por ende, para liquidar su asignación de retiro debe tenerse en cuenta los factores previstos en el Decreto 1211 de 1990 para un coronel, por ser este el grado regular que alcanzó.¹³ (Negrilla fuera del texto original).

De esta manera, en la liquidación de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares que se encuentran inscritos en el escalafón complementario solo se puede incluir los factores salariales previstos en el Artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 y que sean aplicables al grado al que pertenecen en el escalafón regular.

En ningún modo se deben computar los factores salariales que por mandato de la norma enunciada deben incluirse de forma exclusiva en la liquidación de la asignación de retiro del personal con grado superior. Ello, debido a que la inscripción en el escalafón complementario no constituye un ascenso (el cual no pudo ser efectuado por carencia de la demás condiciones legales o por razón de las políticas generales sobre administración de personal), sino un incentivo para que permanezcan en servicio activo dada sus especiales cualidades.

2.1.2. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran dentro del expediente, se da por probado lo siguiente:

i) A través del Decreto 1170 del 15 de abril de 2005 el ministro de defensa dispuso el retiro del servicio activo del señor Mejía Roza, quien ostentaba el grado de coronel del Ejército.¹⁴

ii) Mediante el Decreto 02225 del 30 de junio de 2005 el comandante general de las Fuerzas Militares ordenó el reintegro al servicio activo del coronel Rafael Mejía Roa.¹⁵

iii) El 6 de diciembre de 2005 el ministro de defensa expidió el Decreto 04523 del 6 de diciembre de 2005 con el cual decidió ingresar al demandante al escalafón complementario de las Fuerzas Militares.¹⁶

iv) De acuerdo con la Hoja de Servicios 3-19292531 del 22 de febrero de 2010 el último grado del señor Mejía Roa fue el de coronel del Ejército, reincorporado e inscrito en el escalafón complementario. El documento señala que los factores salariales a tener en cuenta para efectos de la

liquidación de la asignación de retiro deben ser los siguientes: sueldo básico, subsidio familiar, primas de antigüedad, de actividad de militares, de estado mayor y de navidad.¹⁷

De igual forma, dicha prueba da cuenta que el señor Mejía Roa prestó el servicio durante un total de 35 años y 7 meses, que transcurrieron entre el 05 de febrero de 1975 hasta el 16 de febrero de 2010. Quiere decir que para la fecha en que fue retirado del servicio mediante el Decreto 1170 del 15 de abril de 2005 ya contaba con más de 30 años al servicio de las Fuerzas Militares y, por tanto, tenía derecho a la asignación de retiro conforme las normas del Decreto 1211 de 1990.¹⁸

v) A través de la Resolución 0945 del 23 de marzo de 2010 el director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció en favor del coronel Rafael Mejía Roa la asignación de retiro « a partir del 15 de mayo de 2010 en cuantía del 95% del sueldo de actividad correspondiente a su grado inmediatamente superior en todo tiempo, por haber pertenecido al escalafón complementario incluyendo dentro de la liquidación las partidas computables de acuerdo con la ley y conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, excluyendo la prima de gastos por representación».¹⁹ (Resalta la Sala).

Los factores salariales que tuvo en cuenta la entidad para el reconocimiento de la asignación de retiro fueron los que se enuncian a continuación: sueldo básico de actividad, prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar, prima de estado mayor y prima de navidad.²⁰

vi) El 18 de agosto de 2015 el señor Rafael Mejía Roa presentó derecho de petición ante el Ministerio de Defensa Nacional en el que pidió la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta el 30% de la prima de gastos de representación.²¹

vii) Por Oficio CREMIL 1688221-1698137 del 4 de diciembre de 2015 el subdirector de prestaciones sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares denegó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la prima por gastos de representación presentada por el demandante.²²

2.1.3. Análisis de la Sala. Caso concreto.

El apoderado del señor Rafael Mejía Roa en el recurso de apelación manifestó, luego de citar el texto de los Artículos 25, 26 y 93 del Decreto 1211 de 1990, que en el presente caso en la liquidación de su asignación de retiro no puede existir un trato discriminatorio y debe tenerse en cuenta que en situaciones similares el Consejo de Estado ha dicho que todos los pagos recibidos por los trabajadores deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales. Todo lo anterior, para justificar el porqué debe incluirse la prima por gastos de representación en la base de liquidación de su asignación de retiro.

Pues bien, dicho emolumento salarial se encuentra regulado en el Artículo 93 del Decreto 1211 de 1990 de la siguiente manera:

ARTÍCULO 93. Prima de gastos de representación. Los Oficiales Generales y los Oficiales e Insignia de la Armada, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de gastos de representación, correspondiente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico.

PARÁGRAFO. También tienen derecho a los gastos de representación de que trata este Artículo, los Oficiales que no siendo Generales o de Insignia desempeñen los cargos de Director de la Escuela Superior de Guerra, Director de Escuela de Formación de Oficiales, Comandante de División, Comandante de Brigada, Comandante de Fuerza Naval, Comandante de Comando Aéreo y Comandante de Unidad Táctica o su equivalente. El personal a que se refiere este parágrafo no tendrá derecho al cómputo de los gastos de representación en la asignación de retiro o pensión y demás prestaciones sociales. (Resalta la Sala).

De acuerdo con la norma referida, quienes ostenten los grados de oficiales generales y oficiales de insignia de la Armada y se encuentren en servicio activo tienen derecho a una prima mensual de gastos de representación correspondiente al 30% del sueldo básico. El parágrafo del Artículo también otorga este derecho a otros militares que no ostentan los grados referidos pero que ocupan los cargos enlistados en él; sin embargo, respecto de estos es claro en señalar que no tendrán derecho a que se les compute dicho factor salarial en la asignación de retiro.

En el caso presente, se demostró que el señor Mejía Roa pertenecía al grado de coronel en el escalafón regular de las Fuerzas Militares. De igual manera, que fue inscrito en el escalafón complementario y que, en virtud de ello, percibió las asignaciones salariales propias del grado superior, en este caso de Brigadier General, tal como lo estipula el Artículo 6.º del Decreto 1790 de 2000.²³ Así, recibió en servicio activo la prima por gastos de representación, pues el Artículo 93 del Decreto 1211 de 1990 la otorga para el grado de oficial general.

Pese a lo anterior, no le asiste el derecho a que dicho emolumento sea tenido en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro, dado que i) solo podía recibirlo en servicio activo, tal como lo dispone el Artículo 75 del Decreto 1211 de 1990; y ii) por mandato de los Artículos 157 y 158 *ibidem*, una vez se produzca el retiro del servicio, la asignación de retiro debe liquidarse con los factores salariales percibidos en el escalafón regular y solo con la inclusión de los allí establecidos.

Así las cosas, por ostentar el demandante el grado de coronel en el escalafón regular la prima de gastos de representación no puede incluirse en la liquidación de su asignación de retiro, pues esta, por así establecerlo el Artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, únicamente debe incluirse para la liquidación de quienes ostenten el grado de oficiales generales o de Insignia.

Cabe recordar que la inscripción en el escalafón complementario no es un ascenso de grado, sino una ficción legal que implica un incentivo para que aquellos militares que no pudieron ser ascendidos por no acreditar todos los requisitos legales o porque las políticas de planta de personal no lo permitieron permanezcan en servicio activo. Por tanto, las prestaciones sociales deben ser liquidadas de acuerdo con el escalafón regular que ocupaban y con los factores salariales que se encuentran de forma expresa en el Artículo 158 del Decreto 1211 de 1990.

En virtud de lo expuesto, la Sala no encuentra una razón jurídica para revocar la sentencia de primera instancia, por lo que procederá a su confirmación.

3. Decisión.

La Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A del 15 de marzo de 2018 dentro del proceso promovido por el señor Rafael Mejía Roa en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

4. De la condena en costas

Conforme con la interpretación del Artículo 188 del cpaca, que contempla para la fijación de las costas un criterio objetivo valorativo, sin que sea necesario analizar la conducta de las partes y, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso²⁴, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, puesto que la entidad demandada presentó alegatos de conclusión tal como se pudo comprobar²⁵ y quedó plasmado en la constancia secretarial visible en el folio 161. Además, porque el recurso de apelación le fue desfavorable.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A del 15 de marzo de 2018 dentro del proceso promovido por el señor Rafael Mejía Roa en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones en el Programa SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el Artículo 186 del CPACA.

YSB

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 16 a 18.
2. Folios 129 a 135.
3. Folios 139 a 148.
4. Así expresado en el texto del recurso de apelación.
5. Documento visible en SAMAI.
6. Documento visible en SAMAI.
7. Así denominada en el Artículo 93 del Decreto 1211 de 1990.

8. Artículo 154. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto Ley 1211 de 1990, con excepción del Capítulo I del Título III; Artículos 113, 114, 115, 116, 117 y 118; del Capítulo II del Título III; Título V; Título VIII; Artículos 242, 243, 244, 245, 246, 249, 250, 251, 253, 254, 259, 262 y 268; del Título IX y demás disposiciones que le sean contrarias. Así mismo deroga la Ley 416 de 1997.

9. *Ibidem.*

10. También vigente, dado que el Artículo 154 del Decreto Ley 1790 de 2000 así lo dispuso. Ver pie de página 6.

11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 10 de mayo de 2007, Radicado: 25000-23-25-000-2002-02717-01(2882-04).

12. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 25000-23-25-000-2005-10625-01(1411-08). Actor: Jaime Piñeros Rubio. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Bogotá, D.C. 03 de diciembre de 2009.

13. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 25000-23-42-000-2014-02621-01(1921-15). Actor: Gabriel Vicente Vera Mogollon. Demandado: Caja De Retiro de las Fuerzas Militares. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Bogotá, D.C. 20 de septiembre de 2018. Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Tema: reliquidación asignación de retiro con inclusión de la prima de gastos de representación de los oficiales y suboficiales inscritos en el escalafón complementario.

14. Folios 5 y 6.

15. Folio 10.

16. Folio 64.

17. Folio 94.

18. Si bien ya había entrado en vigencia la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de igual año, tales normas no regulan la situación del demandante, puesto que a su entrada en vigencia ya había cumplido los requisitos para obtener la asignación de retiro consagrados en el Artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 al sobre pasar los 15 años de servicio que exige la norma. En tal sentido se aplica la transición establecida en el Artículo 2 del Decreto 4433 de 2004.

19. Folios 12 y 13

20. *Ibidem.*

21. Folio 3.

22. Folio 2.

23. El Artículo 6.º de la norma antes de la reforma hecha por el Artículo 1 de la Ley 1792 de 2016 señalaba o siguiente:

“ARTÍCULO 6. JERARQUIA. La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, Régimen Interno, Régimen Disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

OFICIALES

1. Ejército

a) Oficiales Generales

1. General

2. Teniente General

3. Mayor General

4. Brigadier General

b) Oficiales Superiores

1. Coronel...”

24. «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

25. En el aplicativo SAMAI se encuentran los alegatos de conclusión.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:09:11