TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, cuatro (4) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO:	70-001-33-33-009-**2014-00258**-01
DEMANDANTE:	WALTER CARRILLO SAAVEDRA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINDEFENSA – ARMADA NACIONAL

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, accediendo a las súplicas de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor **WALTER CARRILLO SAAVEDRA** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL.**

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[1].

El señor WALTER CARRILLO SAAVEDRA instauró medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando:

Que se declare la nulidad del oficio No. 10252 de fecha 27 de mayo de 2014, proferido por el Jefe de la División de Nómina de la Armada Nacional, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago del reajuste salarial de la asignación básica mensual del 40% al 60%.

[1] Fol. 1 a 18 C. Ppal.

Como restablecimiento del derecho, se ordene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago del reajuste salarial del 20% que se ha dejado de percibir desde el 1º de noviembre de 2003 y hasta la fecha en que se realice el pago o sea retirado del servicio.

Que se reconozcan y paguen las diferencias generadas sobre la prima de antigüedad, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, subsidio familiar y demás prestaciones sociales y emolumentos devengados cuya base de liquidación sea la asignada de básica, por la no inclusión del 20% del salario dejado de percibir.

Que se reconozcan y paguen intereses moratorios a título de sanción moratoria de conformidad con certificación que expida la superintendencia bancaria sobre cada uno de los montos salariales dejados de pagar desde la fecha en que se hizo exigible su pago y hasta que el mismo se efectúe.

Que sean indexadas las sumas que se reconozcan y ordenen pagar de conformidad con el IPC que certifique el DANE desde la fecha en que se hicieron exigibles dichos pagos hasta la fecha en que los mismos se efectúen.

Como FUNDAMENTOS FÁCTICOS se expuso que:

El actor ingresó al servicio de las fuerzas militares desde el 15 de agosto de 1998 hasta el 15 de enero de 2000, posteriormente desde el 16 de enero de 2000 hasta el 13 de agosto de 2003 vinculado como Soldado Voluntario, y a partir del 14 de agosto de 2003 hasta la fecha, como Infante de Marina Profesional.

A partir de la fecha en que fue vinculado como Infante de Marina Profesional le fue desmejorado el salario que venía devengando como Soldado Voluntario, ya que este equivalía a un salario mínimo incrementado en un 60%, y desde noviembre de 2003, cambió a un salario mínimo incrementado en un 40%.

El demandante presentó petición tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago del 20% dejado de percibir en su asignación básica mensual, la cual le fue negada mediante el acto demandado.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y como argumentos de defensa manifestó que ha actuado conforme a la normatividad aplicable al caso concreto.

Propuso las excepciones de **(i)** presunción de legalidad del acto acusado; **(ii)** cobro de lo no debido; **(iii)** carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación; **(iv)** inactividad injustificada del interesado; **(v)** prescripción.

1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[2].

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo profirió sentencia de fondo en la que declaró la nulidad del acto demandado; además, como restablecimiento del derecho, ordenó a la entidad demandada incrementar la asignación salarial del demandante en un 20% adicional al 40% que venía percibiendo desde la fecha en que cambió de Soldado Voluntario a Infante Profesional, así como también, reconocer y pagar las diferencias dejadas de percibir desde el 7 de mayo de 2010 hasta la fecha en que se realice el incremento.

Afirmó que se encuentra acreditado que el demandante, ingreso a las Fuerzas Militares - Armada Nacional, a prestar servicio militar obligatorio, el día 15 de agosto de 1998 hasta el 15 de enero de 2000, continuando después en calidad de Soldado Voluntario desde el 16 de enero de 2000 hasta el 13 de agosto de 2003, posteriormente en calidad de Infante Profesional desde 14 de agosto de 2003, hasta la fecha.

Resaltó que para el mes de junio de 2003, el actor devengaba lo correspondiente a un salario mínimo más un 60% del salario mínimo de la época, y para el mes de diciembre de 2013, el actor devengaba la suma de un salario mínimo incrementado en un 40%.

Recordó que conforme a lo expuesto en las normas jurídicas que regulan la materia, se accede a las pretensiones de la demanda, puesto que se demostró que antes del 31 de diciembre de 2000 el actor estaba vinculado como Soldado Voluntario y devengaba una asignación salarial equivalente a un salario mínimo

[2] Fols. 100 a 106.

incrementado en un 60%, lo que debía seguir devengando en igual forma en virtud de los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Teniendo en cuenta la fecha en que se presentó la solicitud de reliquidación, concluyó el *A quo* que se encuentran prescritas las diferencias dejadas de percibir desde el 7 de mayo de 2010 hacia atrás.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN[3].

La parte accionada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente y como argumentos principales del mismo expresó que no se probó que se haya coaccionado a la parte demandante a firmar o mantenerse en la institución.

Recordó que los Soldados Voluntarios no tenían la calidad de empleados o servidores, y en esta medida solo recibían una suma mensual a título de bonificación, pues nunca se le reconoció un salario y no tenían derecho a prestaciones sociales. Recordó que al aceptar el cambio de modalidad empezaron a devengar un salario y obtuvieron el derecho a percibir prestaciones.

Señaló que lo que realizó fue una redistribución de ingresos, de suerte que los derechos prestacionales que ahora se le reconocen quedan garantizados.

Señaló que existe reconocimiento por parte del demandante de un derecho adquirido que fue mejorado por el Ministerio de Defensa, al pasarlo a un régimen mejor al que tenía, por lo que no puede hablarse de desmejora de un derecho adquirido.

1.5 ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA[4].

1.5.1 PARTE DEMANDANTE: La parte actora no alegó de conclusión en segunda instancia.

1.5.2 PARTE DEMANDADA: La entidad demandada no alegó de conclusión en esta oportunidad.

[3] Fls. 111 a 114.
[4] Fol. 20 a 26 C. Ppal 2 instancia.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

2 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 CUESTIÓN PREVIA

Previo a adentrarnos en el fondo del asunto, la Sala pasa a pronunciarse respecto de la manifestación de impedimento de la Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA, con sustento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 141 del CGP, esto es, por haber conocido del proceso en instancia anterior.

Señala la norma:

> "Artículo 141. *Causales de recusación.*
>
> Son causales de recusación las siguientes:
> (…)
> 2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.
> (…)."

Pues bien, la Sala tendrá por fundado el desistimiento manifiesto, en atención a que, conforme se aprecia en el expediente, la Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA fungió como Juez Novena Administrativo del Circuito de Sincelejo en el trámite de la primera instancia del presente asunto, profiriendo incluso sentencia en aquella oportunidad, por lo que se configura la citada causal de recusación.

2.2 LA COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del CPACA, en segunda instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto

2.3 PROBLEMAS JURÍDICOS.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional con sustento en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para quien tuvo la condición de Infante de Marina Voluntario antes del 31 de diciembre de 2000 y posteriormente fue ascendido a Infante de Marina Profesional?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** Del Régimen salarial y prestacional de los Infantes de Marina Voluntarios que posteriormente se convirtieron en Infantes de Marina Profesionales, y **ii)** El caso concreto.

2.4 RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS INFANTES DE MARINA VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE SE CONVIRTIERON EN INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.

En primer lugar, téngase en cuenta que, actualmente, bajo la normatividad que rige a las Fuerzas Militares, la figura del Soldado Voluntario desapareció bajo la denominación unificada de Soldado Profesional; no obstante, el caso en cuestión exige que se analice las diferencias que en su momento existieron al respecto. Para ello, nada mejor que citar lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 2009, Exp. No. 2311-08, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, donde se consideró:

> "Soldado Voluntario: mediante la Ley 131 de 1985, se estableció el servicio militar voluntario, para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifieste el deseo de prestar el servicio militar voluntario.
>
> Soldado Profesional: de conformidad con el artículo 1° del Decreto Ley 1793 de 2000, 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".
>
> Como bien puede apreciarse los dos conceptos anteriores son diferentes, el soldado voluntario surge del deseo de este de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio. En cambio el soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio."

Ahora, en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política, el constituyente atribuyó al Congreso la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, razón por lo que se expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1º dispuso la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, reiterando así lo dispuesto por el artículo 189, numeral 11 superior -facultad reglamentaria general-. Cabe destacar, que en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, el legislador impuso una limitante al Gobierno Nacional en su labor reglamentaria, relacionada con los derechos adquiridos y el desmejoramiento de salarios y prestaciones. Esta última norma es del siguiente tenor:

> "a) El respeto a los derecho adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales."

Por otro lado, en lo que respecta a los soldados voluntarios, mediante la Ley 131 de 1985 se expidieron normas relacionadas con la prestación del servicio militar obligatorio. En el artículo 4º de dicha norma se dispuso lo relacionado con la remuneración percibida por los Soldados Voluntarios, así:

> "El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."

Esta norma, además de vincular a un tipo de soldados, también le estableció una remuneración, por lo que no puede desconocerse el derecho adquirido que frente a dicha prestación periódica habían adquirido, más cuando la misma es reiterada con posterioridad, ya con la naturaleza salarial, mediante el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la vinculación de Soldados Profesionales. La norma señala:

> "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 acuerdo con lo anterior, si bien en la Ley 131 de 1985 se dispuso para los Soldados Voluntarios una Bonificación, no es menos cierto que mediante el Decreto 1794 de 2000, al crearse el Régimen Salarial y Prestacional para el

personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se le confirió la denominación de salario, garantizando con ello un derecho adquirido de los Soldados Voluntarios, condicionado únicamente a que al 31 de diciembre de 2000 ostentara dicha calidad.

Así pues, en cabeza de los antes denominados Soldados Voluntarios, existía y hoy existe aún, el derecho que se configuró bajo el imperio de una ley vigente –Ley 131 de 1985-, y posteriormente, mediante Decreto Reglamentario, se reiteró su naturaleza salarial – Decreto 1794 de 2000-; de modo que, el hecho que los Soldados Voluntarios hayan hecho tránsito a Soldados Profesionales, sea voluntariamente o no, no los excluye ni los exceptúa del derecho de ver incrementado su salario en un porcentaje del 60% de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Los derechos adquiridos en materia laboral, deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e interpretación más ventajosa o benéfica para el servidor público que opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas, en beneficio de la parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

De modo que, una interpretación correcta de la norma, acoge la posición de que el salario mensual del Soldado Profesional, que inicialmente tuvo el carácter de Soldado Voluntario, esto es, para el 31 de diciembre de 2000, equivale al salario mínimo legal mensual vigente para cada año, incrementado en un 60%, pues así se deduce del análisis de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, artículo 1º y parágrafo del artículo 2º del Decreto 1794 de 2000.

En aras de unificar jurisprudencia en el asunto en cuestión, el H. Consejo de Estado reiteró el criterio antes mencionado en sentencia del 25 de agosto de 2016, M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en donde se consideró:

> "En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de

2000,[5] 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,[6] cuyo artículo 4º 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 4º de la Ley 131 de 1985,[7] es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala 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.
(…)
La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000[8] 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%.
(…)
Reglas jurisprudenciales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:
(…)
Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,[9] la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,[10] es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%."[11]

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

2.5 EL CASO EN CONCRETO.

Al unísono con el acopio probatorio recabado en el expediente, la Sala encuentra demostrado los siguientes hechos:

- De acuerdo con la constancia laboral aportada al plenario se acreditó que el señor WALTER CARRILLO SAAVEDRA, se indica que ingresó a las

[5] Ib.
[6] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[7] Ib.
[8] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
[9] Ib.
[10] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[11] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Exp. No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015), M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Fuerzas Militares – Armada Nacional, con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio el 15 de agosto de 1998 al 15 de enero de 2000; luego, continuó prestando sus servicios en la misma fuerza en calidad de Soldado Voluntario del 16 de enero de 2000 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 a la fecha de consulta del extracto de hoja de vida (7 de julio de 2015).[12]

- De acuerdo con las constancias salariales aportadas al plenario, se encuentra acreditado que el señor WALTER CARRILLO SAAVEDRA, para los meses de junio y diciembre de 2003 devengó las siguientes sumas:[13]

Fecha	Sueldo Básico	Equivalencia
junio de 2003	$531.200	1 SMLMV + 60%
diciembre de 2003	$825.300[14]	1 SMLMV + 40%

Conforme lo anterior, advierte la Sala que, en efecto, la entidad demandada modificó la condición salarial que venía disfrutando el demandante, teniendo en cuenta que se desempeñaba como Soldado Voluntario, y por ende, gozaba del beneficio contemplado en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, esto es, devengando un salario mínimo legal mensual aumentado en un 60%, para luego ser reducido a un 40%.

En concordancia con lo señalado en los acápites normativos y jurisprudenciales, se reitera que, el paso de soldado voluntario a soldado profesional no puede implicar un desmejoramiento salarial, como tampoco se pueden vulnerar los derechos adquiridos, de modo que, se hace necesario ordenar a la entidad demandada el reajuste salarial correspondiente, por lo que la sentencia apelada ha de ser CONFIRMADA.

2.6 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante, y

[12] Fol. 96 a 98 C. Ppal.
[13] Fol. 16 y 94.
[14] El salario mínimo para el año 2013 era de $589.300 + 235.800 (40%)= 825.300.

a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de marzo de 2016, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo Sucre, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor del demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 185.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(Con Impedimento)