



Cartagena de Indias D.T. y C, dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2013-00264-01
Demandante	JAIME DÍAZ FORERO
Demandado	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Reajuste de su asignación de retiro

## I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha Siete (07) de abril de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Décimo Primero (11) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES

### 2.1. DEMANDA.

#### 2.1.1. PRETENSIONES (FLS. 31)

Que se declare la nulidad de los actos administrativos, conformados por los oficios n° 9769 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM 37.2 de fecha 03 de julio de 2012, en virtud del cual se negó el reajuste salarial del 20% al actor, partir del 1 de noviembre de 2003; n° 10731 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DIMON-22, de fecha 23 de julio de 2012 en virtud del cual se resolvió el recurso de reposición y n° 11461 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-1.9 de fecha 08 de agosto de 2012, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional, al reconocimiento y pago a favor de señor Jaime Díaz Forero, del reajuste salarial del 20% a que tiene derecho a partir del 01 de noviembre de 2003; así como el reajuste de las pretensiones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral devengada por el actor desde el 01 de noviembre de 2003 y hasta la fecha de su retiro definitivo de la institución.



En el mismo sentido de los intereses moratorios sobre la totalidad de los valores que sean reconocidos por concepto del reajuste y de la indexación de todos valores reconocidos de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

### **2.1.2. HECHOS. (fls. 3-4)**

Relata el actor en síntesis lo siguiente:

El señor Jaime Díaz Forero, ingreso a la Armada Nacional el 16 de septiembre de 1989, en condición de infante de Marina Regular, a partir del 01 de abril de 1992 se desempeñó como infante de Marina Voluntario y fue retirado con derecho a asignación de retiro con novedad fiscal 30 de junio de 2011.

Por disposición de sus superiores, a partir del 01 de noviembre de 2003, su cargo y/o grado, se dejó de denominar infante de Marina Voluntario y empezó a denominarse infante de marina profesional.

El salario del demandante fue desmejorado a partir del mes de noviembre de 2003 en un 20%; es así que en la nómina del mes de octubre de 2003, al actor al igual que todos los infantes voluntarios de la Armada Nacional devengaban un sueldo básico de \$ 531.200 y una vez se les denominó infantes profesionales, esto es a partir del mes de noviembre de 2003, se les pago un sueldo básico de \$ 464.800.

### **2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO. (fls. 34)**

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- 1) Constitucionales: artículos 13, 25, 29, 53 y 58
- 2) Legales: art. Ley 1437 sw 2011, ley 4 de 1992, decreto 1793 de 2000 y decreto 1794 de 2000.

#### **Concepto de violación.**

Aduce que, resulta absurda la decisión adoptada por las entidades demandadas de rebajar su remuneración mensual en un 20% sin que existiera soporte legal para ello, en una clara violación a la norma

### **2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (fls. 73-84)**



La ley 578 de 2000 se le otorgó facultades extraordinarias al presidente para modificar el régimen de los soldados voluntarios; razón por la cual el Gobierno Nacional expidió los decretos 1793, por el cual se expide el régimen de carrera y estatuto del personal de los soldados profesionales de las fuerzas militares y el decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las fuerzas militares. Estableciendo en el art. 1 de este último que los soldados profesionales que se vinculen a las fuerzas Militares devengaran un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario. Son perjuicios de los dispuesto en el parágrafo del art. Siguiendo, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la ley 131 de 1985, devengaran un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

### **2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado Décimo Primero (11) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 07 de abril de 2015, concedió las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia de la siguiente manera:

Que confrontados los actos administrativos demandados con las disposiciones que se estiman como vulneradas y especialmente a la luz del aparte jurisprudencial citado, el despacho encuentra que esta demostrada la configuración de la causal de nulidad propuesta. En efecto disposiciones que ha aplicado la entidad accionada si bien es cierto se encontraban vigentes, derivaron en el desconocimiento de los principios constitucionales que protegen el trabajo y su remuneración.

En efecto, si bien antiguamente la remuneración del soldado se denominaba bonificación y vino luego a denominarse salario, si naturaleza no ha cambiado, pues corresponde al pago por prestación de un servicio remunerado y subordinado. De esta formas, la denominación que se haga de la forma de remuneración no altera su naturaleza, y en este orden de ideas, no podía ser desmejorado como efectivamente ocurrió al modificarse el régimen que se venía aplicando.

La modificación vino a vulnerar derechos adquiridos, pues la normatividad que creo los soldados profesionales estableció un régimen de transición que garantizaba el respecto de los mismos que había sido establecidos para los soldados voluntarios.

### **2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**



Inconformes con la decisión, la parte accionada por intermedio de su apoderado especial, apeló la decisión de primer grado con fundamento en lo siguiente:

El argumento del juez no encuentra respaldo ni siquiera en las normas que rigen las relaciones laborales entre particulares, pues el código sustantivo del trabajo al referirse a la noción de trabajo en su art. 217, no lo dispone.

Así las cosas, de aplicarse la norma en cuestión el resultado no puede ser una condena, pues como el mismo sentenciador lo señaló en el cuadro comparativo, la remuneración que hoy reciben los soldados voluntarios cuya modalidad de vinculación varío a la de profesional, quedaron cobijados bajo los mismos beneficios de los soldados profesionales, a los que no tenían acceso se encontraban al amparo de la ley 131 de 1985 y el decreto 370 de 1991.

## **2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.**

El recurso de apelación fue repartido el 24 de julio de 2015, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 12 de agosto de 2015.

Mediante auto de 16 de octubre de 2015 se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 18 de febrero de 2016, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos. Solo la parte actora presento sus alegaciones. El Ministerio Público no presentó concepto de fondo.

## **2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

La parte actora presento alegaciones. (fls. 243-256)

## **2.7. MINISTERIO PÚBLICO.**

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-**



Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación impetrado por la parte accionante, contra la sentencia proferida el 07 de abril de 2015, por el Juzgado Décimo Primero (11) Administrativo del Circuito de Cartagena.

### Competencia.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

### MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 320 y 328 del C.G.P., que consagra:

**"Art. 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

**Artículo 328. Competencia del superior.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.**

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

*En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*



*El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.*

*En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia."*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*"<sup>1</sup>".

#### PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia, de conceder las pretensiones de la demanda, se ajusta a derecho o no.

#### TESIS DE LA SALA.

la Sala confirmará la decisión adoptada por el a-quo por encontrarse a justada a derecho.

#### - Del Incremento de la Asignación de retiro al 60%

Para determinar la asignación mensual a la que tiene derecho un soldado profesional que venía sirviendo como soldado voluntario ha de analizar las normas invocadas en la demanda, que regulan este tema en particular.

El artículo 1 de la Ley 131 de 1985 estableció la posibilidad de que aquellas personas que hubiesen prestado su servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados a las Fuerzas Militares, bajo la modalidad del servicio militar voluntario, si así lo deseaban.

<sup>1</sup> El principio contenido en el aforismo latino *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.



De igual manera, dispuso que quienes asumieran la condición de Soldados Voluntarios, en los términos del artículo 1 ibídem, devengarían una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, la cual debía verse incrementada en un 60% sobre el referido salario.

Para mayor claridad, se transcribe las disposiciones de la Ley 131 de 1985:

**“ARTÍCULO 1o.** 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 2o.** 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 1o.** El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

**PARÁGRAFO 2o.** La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

**ARTÍCULO 4o.** 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.”.

*Negrilla de la Sala.*

Posteriormente, a través de la Ley 578 de 14 de marzo de 2000, se le confirieron facultades al Presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de seis (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 virtud de las facultades otorgadas, el Presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 “por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares” a través del cual se definió, en primer lugar, la condición de Soldado Profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

Esta última disposición, estableció en el parágrafo de su artículo 5, la posibilidad de que los Soldados Voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como Soldados Profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y respetando el porcentaje de la “prima de antigüedad” a la que tenían derecho.



A continuación, se transcribe en el referido párrafo del artículo 5 del Decreto 1793 de 2000:

**"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.*

**PARAGRAFO.** 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." (Negrilla de la Sala)

En armonía con lo anterior, observa la Sala que el citado Decreto 1793 de 2000, en su artículo 38<sup>2</sup> dispuso que el Gobierno Nacional expediría los regímenes salariales y prestacionales de los Soldados Profesionales, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 4 de 1992 y, en todo caso, sin desmejorar los derechos adquiridos.

De acuerdo con lo anterior, y especialmente en lo dispuesto en el artículo 38 ibídem, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1794 de 2000, estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que en su artículo 1 definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los Soldados Profesionales.

En efecto, el Gobierno Nacional dispuso que los Soldados Profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares por primera vez a partir de la vigencia del referido Decreto, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Por su parte, los Soldados Voluntarios, esto es, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares de acuerdo a los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a

<sup>2</sup> "ARTÍCULO 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."



partir de su incorporación como Soldados Profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

Sobre este particular, la Sala se permite transcribir los apartes más relevantes del referido Decreto 1794 de 2000:

**"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 párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).*

**ARTICULO 2. (...)**

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

De conformidad con todo lo expuesto, la Sala precisa que la Ley 131 de 1985 estableció la posibilidad de que quienes prestaran el servicio militar obligatorio continuaran vinculados a las Fuerzas Militares en forma voluntaria devengando una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, incrementado en un 60% sobre el mismo salario.

No obstante lo anterior, el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 fijó el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y, a su turno, el Régimen Salarial y Prestacional de los referidos Soldados precisando que, en relación con los Soldados Profesionales era necesario diferenciar de quienes se vinculaban al servicio, por primera vez, a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000 y de los que, en su condición de Soldados Voluntarios, fueron incorporados en calidad de Soldados Profesionales.

De hecho, las respectivas disposiciones distinguen de manera clara, que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000 el personal de "varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas Militares" gozaría de la condición de Soldados Profesionales, y además precisó que unos se vinculaban por primera vez al servicio de las Fuerzas Militares, esto es, a partir del 31 diciembre de 2000 (Fecha de entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000) y otros, ya



venían vinculados, en condición de Soldados Voluntarios, atribuyéndole efectos distintos en materia salarial a unos y otros.

En lo concerniente a los soldados profesionales, que se vinculaban por primera vez, es decir, a partir del 31 de diciembre de 2000, se estableció que tendrían a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta a los que venían soldados voluntarios se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

Bajo este supuesto, para la Sala es evidente que las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985.

Es importante recordar, en este punto, que el Decreto 1793 de 2000 en su artículo 38 dispuso que le correspondía al Gobierno Nacional expedir los regímenes salariales y prestacionales de los Soldados Profesionales, con estricta observancia a las disposiciones de la Ley 4 de 1992 **y, en todo caso, respetando los derechos adquiridos de quienes ya venían vinculados al servicio.**

Cabe destacar para el caso que la Ley 4ª de 1992 en su artículo 2 estableció entre los criterios y objetivos que debe seguir el Gobierno Nacional, para fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos: **"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."**

Siendo esto así, el hecho de que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1794 de 2000 haya dispuesto conservar el incremento legal del 60% a favor de los Soldados Voluntarios que fueron incorporados como Soldados Profesionales no puede ser interpretado de manera distinta, sino como una decisión de respeto por los derechos adquiridos de estos Suboficiales de la Fuerza Pública, quienes conforme a las disposiciones de la Ley 131 de 1985 habían adquirido el derecho de percibir el referido incremento en razón a la naturaleza misma de la actividad que venían desarrollando al servicio de la Fuerza Pública.

Ahora bien, en este punto, la Sala debe decir, que la aplicación de las disposiciones previstas en el Decreto 1794 de 2000, en lo que toca con el incremento del 60% de los soldados Profesionales incorporados, no ha sido pacífica en sede administrativa toda vez que, como ocurre en el caso concreto, las Fuerzas Militares han argumentado que los referidos Soldados no tienen derecho al percibir el incremento en un porcentaje igual al 60% dado,



que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas militares gozan de una serie de prestaciones que con anterioridad no les eran reconocidas lo que en la práctica compensa la reducción al 40% del citado incremento.

Sin embargo, la Sala rechaza esta interpretación toda vez que ella en la práctica implicaría adoptar la renuncia implícita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional<sup>3</sup>.

En este mismo sentido, tampoco resulta aceptable el argumento de la supuesta violación al principio de la inescindibilidad de las normas que trae consigo, a estos casos, la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 toda vez que, como quedó visto en precedencia, no se trata de la escisión o fragmentación de las disposiciones del referido Decreto, sino por el contrario, se trata de la aplicación directa de su primera disposición esto es la que regula todo lo concerniente a la asignación que deben percibir los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

Resalta la Sala, que el Consejo de Estado, en sede de tutela ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, razón por la resulta pertinente traer apartes de algunas de esas providencias<sup>4</sup>.

En sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2012-01189-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, se expresó que:

*"El accionante alegó que el Tribunal en la providencia censurada afirmó que a él le aplicaba íntegramente el Decreto 1794 de 2000, que establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales del Ejército Nacional, pero que, en síntesis, inaplicó el inciso 2º del artículo 1º de esa norma.*

*En este punto, le basta a la Sala con verificar el contenido de la norma que se alega inaplicada y los fundamentos de la providencia censurada ya analizados, para concluir que, en efecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", con sentencia de 24*

<sup>3</sup> Ver artículo 217 de la Constitución Política.

<sup>4</sup> Esta tesis ha sido reiterada por el Consejo de Estado – Sección Segunda en sentencias de tutela de 16 de marzo de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2014-02434-01 M.P. Gerardo Arenas Monsalve y de 24 de junio de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2015-01256-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



de mayo de 2012, si bien transcribió la norma a folio 11 del fallo, no tuvo en cuenta su contenido, y además, inexplicablemente concluyó que el interés del actor era el de obtener la aplicación simultánea de dos regímenes.

El contenido del artículo del Decreto 1794 de 2000 que alega inaplicado el tutelante es el que la Sala resalta a continuación:

"ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)."

Y el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 dice:

"ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

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

Como ya advirtió la Sala, una vez el Tribunal transcribió las anteriores normas, construyó una argumentación tendiente a concluir que el actor estaba cobijado por el régimen de los soldados profesionales (Decretos 1793 y 1794 de 2000) y que en esas condiciones contaba con beneficios que no tuvo como soldado voluntario, y que solo bajo la Ley 131 de 1985 podía devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuando lo cierto es que el Legislador extraordinario, en la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y por ello previó que solo en ese evento, el salario que los últimos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos soldados que ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestados sus servicios como voluntarios, pues para ellos el pago sería de "un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario".

Entonces, a diferencia de como lo consideró el Tribunal tutelado, el actor no estaba solicitando la aplicación de dos regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, sino la observancia del régimen de transición previsto en la norma que le era aplicable, esto es, el Decreto 1794 de 2000.



*Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", al proferir la sentencia de 24 de mayo de 2012, incurrió en la irregularidad de naturaleza sustantiva alegada por el tutelante, pues inaplicó, sin razón alguna, el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normativa regía por completo la situación del señor Cabezas Quiñones.*

*(Negrilla de la Sala)*

Así mismo, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 16 de octubre de 2014, expediente núm. 2014-02293-00. M.P. María Elizabeth García González manifestó sobre el particular lo siguiente:

(...) El Tribunal Administrativo de Casanare interpretó la norma de manera equivocada, toda vez que entendió que el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, hace referencia exclusivamente a los soldados voluntarios quienes devengarán una asignación mensual consistente en un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, como lo establecía la Ley 131 de 1985. Sin embargo, lo realmente pretendido por el Legislador con la disposición en comento, fue establecer un régimen de transición para aquellos soldados que al 31 de diciembre de 2000, fungían como voluntarios, pero que con posterioridad pasaban a ser profesionales, a quienes su asignación básica mensual corresponde a un salario mínimo incrementado en un 60%; diferente del evento estipulado en el inciso primero de la norma bajo análisis, según el cual, los soldados profesionales que no hubiesen prestado sus servicios con anterioridad como voluntarios, tendrán derecho a una asignación de un salario mínimo incrementado en un 40%.

Resulta claro para la Sala, así como lo fue para la Sección Quinta de esta Corporación en la sentencia citada en precedencia, que el Tribunal accionado incurrió en una imprecisión al considerar que debía aplicar el régimen más favorable entre el establecido en el Decreto 1794 de 2000 y la Ley 131 de 1985, pues de la simple lectura de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, se advierte claramente que no hay contraposición entre los regímenes, **pues lo que pretende el Legislador es la salvaguarda de los derechos adquiridos por los soldados que con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, prestaban sus servicios como voluntarios y que con posterioridad a dicha fecha expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales**, evento en el cual se les aplicará en su totalidad el Decreto 1794 de 2000, como lo indica el parágrafo del artículo 2º, pero su asignación mensual no equivaldrá a un salario mínimo incrementado en un 40%, sino en un 60%, toda vez que la primera solamente aplica para los soldados que no fueron voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000."

*(Resalta la Sala)*

Finalmente, sobre este tópico, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, con ponencia de la Dra. SANDRA LISET IBARRA VELEZ, dictó Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 de 25 de agosto de 2016, **Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2 No. 003/16 - Actor: BENICIO ANTONIO CRUZ Demandado:**



**NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA - EJÉRCITO NACIONAL. Tema:** Con fundamento en el inciso 2º, del artículo 1º, 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 la misma quedó plasmado lo siguiente:

**"(...) SENTENCIA DE UNIFICACION – Reajuste salarial de soldados voluntarios / REGLAS JURISPRUDENCIALES – Del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales**

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, 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, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.

**SOLDADO VOLUNTARIO – Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% / PRESCRIPCIÓN – Cuatrienal por reclamación en sede gubernativa**

Para la Sala, el hecho que el accionante se hubiera desempeñado, en primer lugar, como soldado voluntario y luego hubiere sido incorporado como soldado profesional, no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto



Reglamentario 1794 de 2000, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones.

En relación con el argumento de una redistribución al reconocerle otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibía, precisa la Sala, 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<sup>5</sup>.

(...)"

De lo anterior se concluye que los soldados que antes del 31 de diciembre del año 2000, prestaban sus servicios como voluntarios y que con posterioridad a dicha fecha expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales; Tienen el derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado al 60% y no al 40%.

#### De lo probado y caso concreto.

Del material probatorio obrante en la foliatura del expediente, se extrae oficio n° 9769 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-37.2, de fecha 03 de julio de 2012, proferido por el Jefe de la División Nominas Armada Nacional, en la cual se expresan los argumentos para negarle la petición elevada por el actor el día 01 de marzo de 2011, en la cual solicita

<sup>5</sup> Por auto 6 de octubre de 2016, los numerales 1y 7 de la sentencia fueron objeto de aclaración los cuales quedaron, así:

**«PRIMERO.- UNIFICAR** la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación del Decreto Ley 1793 de 2000, fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.»

**«SEPTIMO.-** La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente; término que deberá contabilizarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta el momento en que se presente la respectiva reclamación por el interesado, mas no la fecha de ejecutoria de esta sentencia.»



Recurso de reposición y en subsidio el de apelación interpuesto por el actor contra la decisión adoptada mediante el anterior oficio.

Oficio n° 10731 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-22, fechado 23 de julio de 2012, por la cual el Jefe de División de Nomina de la Armada Nacional, resuelve el recurso de reposición interpuesto por el actor, el 11 de julio de 2012, decidiendo no reponer oficio n° 9769 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-37.2, de fecha 03 de julio de 2012.

Oficio n° 11461 md-cgfm-carma-secar-jedhu-diper-1.9, de fecha 08 de agosto de 2012, que resuelve el recurso de apelación, no procediendo a modificar la decisión.

Resolución n° 4161 del 08 de septiembre de 2011, por la cual se ordena el reconociendo y pago de la asignación de retiro al señor Infante de Marina Profesional ® de la Armada Jaime Diaz Forero, en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011 ) indicado en el numeral 13.2.1 ( Salario Mensual en los términos del inciso primero del artículo 1 del decreto 1794 de 2000.).

Extracto de la hoja de vida donde se puede visualizar que el actor presto su servicio militar desde el 16 de septiembre de 1988 hasta el 15 de marzo de 1991; como soldado voluntario desde el día 01 de abril de 1991 hasta el 13 de agosto de 2003 y como infante profesional desde el día 14 de agosto de 2003 al 30 de junio de 2011, para una duración de 21 años, 11 meses y 27 días.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden y de las pruebas obrantes en el proceso, la Sala entrará a resolver el problema jurídico, referente así el señor Jaime Forrero Jaime, tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro, tomando como base el salario mínimo vigente para el momento en que se encontraba activo incrementado en un 60%, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y no como erradamente lo hizo la Armada Nacional que únicamente lo incremento en un 40%.

En el sub examine está probado que, el señor Diaz Forrero, ingresó al servicio militar desde el 16 de septiembre de 1989, es decir, en vigencia de la Ley 131 de 1985 y que con fundamento en sus disposiciones concretamente el artículo 2 ibídem, continuó vinculado a las Fuerzas Militares en calidad de Soldado Voluntario hasta el 13 de agosto de 2003. Que a partir del 14 de agosto de 2003 se registró su incorporación como Soldado Profesional, en los términos del Decreto 1794 de 2000.



Así las cosas, es evidente que al señor Diaz Ferrero, le asiste derecho a que se le reliquide su asignación de retiro, toda vez, que no hay duda que el actor prestó su servicio militar obligatorio en vigencia de la Ley 131 de 1985 y que con fundamento en sus disposiciones concretamente el artículo ibídem, continuó vinculado a las fuerzas Militares en calidad de soldado voluntario hasta el 13 de agosto de 2003.

A partir del 14 de agosto de 2003 se registró su incorporación como Soldado Profesional, en los términos del Decreto 1794 de 2000. Bajo estos supuestos estima la Sala que el actor si tiene el derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado al 60% y no al 40% como erróneamente se hizo.

El hecho de que el accionante se hubiera desempeñado, en primer lugar, como Soldado Voluntario y posteriormente como Soldado Profesional no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, 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 a partir de su vigencia e incluso del tiempo de antigüedad debidamente certificado.

Lo anterior, también debe decirse, en desarrollo de los objetivos y criterios fundamentales consignados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992 y que, en todo caso, debe observar el Gobierno Nacional para efectos de fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, entre ellos, el respeto a los derechos adquiridos.

En criterio de la Sala, el acto acusado está viciado de nulidad, por cuanto, al demandante le asiste el derecho al reajuste de su asignación de retiro y, en consecuencia, en este sentido deberá **Confirmarse** la sentencia apelada.

#### Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.



Así las cosas, se condenará a la parte demandada al pago de costas que efectivamente se hayan causado por ser está a la que le fue desfavorable el recurso, ordenando al Juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

### **DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

### **IV. FALLA:**

**PRIMERO. CONFIRMASE** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Primero (11) Administrativo del Circuito de Cartagena, el siete (07) de abril de dos mil quince (2015), que concedió las pretensiones de la demanda; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia

**TERCERO.** Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

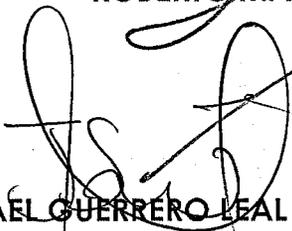
**CUARTO. DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha

**LOS MAGISTRADOS,**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**  
(Ponente)

  
**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

  
**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**