



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	13-001-33-33-012-2015-00241-01
Demandante	DIONISIO CANOLES ALTAMAR
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 treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES (FLS. 1)

La nulidad del acto administrativo contenido en el oficio n° 19781/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 14 de octubre de 2014, notificado de forma personal el día 20 de octubre de 2014, proferido por el Teniente de Navío Luis Daniel Vallego Polanco, en calidad de Jefe de la División de Nomina de la Armada Nacional, mediante la cual se da respuesta desfavorable a la solicitud radicada por el actor, consistente en el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste salarial del 20% que sobre la asignación básica mensual.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, a el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste salarial del 20% sobre la asignación mensual a partir del 01 de noviembre de 2003 y hasta la fecha en que proceda el pago o se verifique el retiro del servicio del actor.

Del mismo modo de las diferencias generadas sobre la prima de antigüedad, prima de servicios anual, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, subsidio familiar y demás prestaciones sociales y emolumentos devengados



cuya base de liquidación sea la asignación básica, por la no inclusión del 20% del salario que se le ha dejado de pagar al actor.

Interese 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 y la indexación sobre las sumas que se reconozcan y ordenen pagar de conformidad con el IPC.

2.1.2. HECHOS. (fls. 1-2)

Relata el actor en síntesis lo siguiente:

El actor ingreso a las Fuerzas Militares antes del año 2000 a prestar sus servicios en calidad de soldado voluntario, en vigencia y de conformidad con lo dispuesto en la ley 131 de 1985, prestando sus servicios como Infante de Marina profesional, por última vez en la agrupación fuerzas especiales urbanas n° 1, en la ciudad de Cartagena.

El demandante continuó vinculado bajo esta norma hasta el mes de septiembre de 2003, fecha en la que por disposición de sus superiores y en virtud de los dispuestos en el decreto 1793 de 2000, a partir del 01 de noviembre de 2003, se ordenó la incorporación del actor y de más soldados voluntarios bajo la nueva denominación de soldado profesional y/o Infante de Marian Profesional en virtud de la orden administrativa de personal OAP NR 262 de agosto 10/2003.

A partir del mes de noviembre de 2003, su salario le fue desmejorado en un 20% de lo que venía devengando en calidad de soldado voluntario ya que como soldado voluntario por concepto de salario le pagaban el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% y desde noviembre de 2003 le empiezan a pagar el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementando en un 40% contraviniendo lo que dispuso el legislador en el art. 1 del decreto 1794 de 2000.

2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO. (fls. 34)

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

Art. 1, 2, 5, 11, 13, 25, 29, 53, 58 y 230 de la Constitución Política; art. 138, 168 a 182 de la ley 1437 de 2011; art. 2 y 10 de la ley 4 de 1992; ley 131 de 1985,



decreto 1793 de 2000; decreto 1794 de 2000; CST, art. 13, 14, 15, 21 y 127; art 38 numeral 1 C.P.C, art. 42 Núm. 6 y 43 C.G.P.

Concepto de violación.

Aduce que, el actor adquiere el derecho a percibir un salario equivalente al salario mínimo incrementado en un 60% cuando la administración le asigna las funciones propias del cargo, que a pesar de que la entidad demandada fue autoritaria en su reconocimiento, liquidación y posterior pago, ya hace parte de su salario, teniendo en cuenta que es un derecho que se ha reafirmado a través de la relación laboral que lo une con la entidad demandada y que no puede ser desconocido por la negligencia e interpretación errónea de las disposiciones por parte de los funcionarios de la administración, pues se encuentra frente a una situación jurídica consolidada, un derecho salarial causado y que debe entrar a hacer parte del patrimonio del actor.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (fls. 30-44)

Se opone a cada una de las pretensiones de la parte actora, por carecer de fundamentos legales y de respaldo probatorio, toda vez que con el acto demandado fue expedido con el lleno de todos y cada uno de los requisitos de la ley.

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 devengarán un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario. Son perjuicios de los dispuestos en el parágrafo del art. Siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 30 de junio de 2016, concedió las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia de la siguiente manera:



"Según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1793 de 2000, los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000 que decidieron incorporarse como soldados profesionales, quedaron cobijados por las normas establecidas para aquellos. Y en tal virtud, aun cuando la incorporación como soldado profesional trajo consigo el reconocimiento de las prestaciones sociales que para este cargo fueron contempladas por el Decreto 1794 de 2000, lo cierto es que en lo que respecta a la asignación mensual, la norma exceptuó a quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985 y luego fueron vinculados como soldados profesionales, disponiendo para estos el pago de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Teniendo en cuenta que el actor Dionisio Canoles Altamar se vinculó como soldado voluntario el día agosto de 1994, cuando se encontraban vigentes las disposiciones de la Ley 131 de 1985 y posteriormente en calidad de soldado profesional, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1793 de 2000, es claro que el demandante se encuentra bajo las previsiones del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

En efecto, tal como se indicó anteriormente, el hecho de que el accionante se hubiera desempeñado inicialmente como soldado voluntario y posteriormente en calidad de 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.

Así las cosas, no puede la entidad demandada, en el caso concreto, negarle al señor Dionisio Canoles Altamar el reconocimiento y pago de la diferencia equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como soldado voluntario y, con posterioridad, como soldado profesional, esto, en aplicación del inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000. Una interpretación en contrario, implicaría desconocer el derecho que le asiste al accionante a percibir un incremento del 60% de lo devengado mensualmente, desde el mismo momento en que adquirió la condición de soldado voluntario, 1 de agosto de 1994 e incluso, una renuncia forzada a sus derechos salariales bajo el argumento inaceptable de una "redistribución prestacional" esto al reconocerle otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibía.

Al respecto se debe precisar que el hecho de que el accionante, en su condición de soldado profesional, perciba una serie de prestaciones sociales que con anterioridad no devengaba, no implica per se una razón constitucional y legalmente aceptable para negarle el pago del incremento previsto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, toda vez que, estamos en presencia de un régimen salarial y prestacional integral el cual fue dispuesto por el Gobierno Nacional, a través del Decreto en cita, el cual, en ninguno de sus apartes, condicionó la posibilidad de percibir las prestaciones sociales en él contempladas a la renuncia del 20% de incremento previsto en su artículo 1°.



En consecuencia, el Despacho declarará la nulidad del acto acusado oficio No. 19781/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 del 14 de octubre de 2014, proferido por el Jefe de la División de Nómina de la Armada Nacional, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la demandada NACION — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — ARMADA NACIONAL pagarle al accionante el referido incremento a partir del 25 de septiembre de 2011, toda vez que, como quedó demostrado, éste elevó su reclamación el 25 de septiembre de 2014, ello en aplicación del término trienal de prescripción previsto en el artículo 4310 del Decreto 4433 de 2004 y hasta el 20 de enero de 2014, fecha en que se dispuso su retiro por tener derecho a pensión".

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 demandante se ha beneficiado de las prebendas concedidas por los decretos leyes 1793 y 1974 de 2000, a los soldados profesionales que venían de ser voluntarios.

Es indudable que, con la entrada en vigencia de las normas en comento, fueron mejoradas las condiciones prestacionales de los soldados profesionales; así, soldados voluntarios cuya modalidad de vinculación varió a la de profesional, quedaron cobijados bajo los mismos beneficios de los soldados profesionales, a lo que no tenían acceso cuando se encontraban al amparo de la ley 131 de 1985 y el decreto 370 de 1991.

Así las cosas, es perceptible que cuando el demandante se trasladó a la categoría de soldado profesional, adoptó el régimen salarial y prestacional previsto en los decretos 1793 y 1974 de 2000, pues del acervo probatorio vertido en el proceso, no se colige que la entidad lo hubiera coaccionado para impedir reclamos salariales, ni que se le hubiera presionado para acogerse a los nuevos estatutos, que ben sea dicho fueron expedidos entre otras, para profesionalizar las irrisorias condiciones laborales anteriores de los soldados voluntarios, que no eran empleados del Ministerio de Defensa, no recibirían salarios sino bonificación y no gozaban de las prestaciones sociales de las que se beneficiaban los miembros de la fuerza pública.

Bajo este contexto, no podía el a-quo al resolver la Litis combinar el régimen nuevo del que disfrutó el demandante, ahora soldado profesional bajo el cual adquirió su asignación de retiro, con el anterior haciendo una interpretación aislada y extensiva de la preceptiva en aras de garantizar los principios de igualdad y favorabilidad; es claro que la nueva normativa, exigió requisitos de incorporación diferentes a los de la anterior, mismos que acepto el



demandante al efectuarse la nueva incorporación, quien se insiste acogió íntegramente los canones expedidos para los soldados profesionales de las fuerzas militares consagrados en los decretos 1793 y 1794 de 2000.

Y por último expone que no se debió condenar en costas.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 11 de octubre de 2016, 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 08 de noviembre de 2016.

Mediante auto de 30 de marzo de 2017 se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público, ejecutoriada esta providencia empezaron a correr el traslado para alegar de conclusión.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Las partes no presentaron alegatos.

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 30 de junio de 2016 por el Juzgado Doce (12) 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 consagran:

“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*"¹.

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.

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.

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



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 párrafo 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 38² 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 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. (...)

² "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."



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 constitucional³.

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 providencias⁴.

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 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

³ Ver artículo 217 de la Constitución Política.

⁴ 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.



acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)."

Y el parágrafo 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 2° del artículo 1° 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 adquiridos⁵.
(...)"*

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.

Se extrae del material probatorio relevante contendió en la foliatura del expediente oficio n° 19781/ MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, fechado 14 de octubre de 2014, por la cual se le resuelve la solicitud de fecha 13 de mayo de 2014 al actor, de manera desfavorable. (fls. 10)

Certificado expedido por el Director de Personal Armada Nacional, en la cual figura la siguiente información: (Fl.13)

NOVEDAD	FECHA
Servicio militar	01-febrero de 1993 hasta 30 de julio de 1994
Soldado voluntario	01 de agosto de 1994 hasta 13 de agosto de 2003
Infante profesional	14 de agosto de 2003 hasta 20 de enero de 2014

⁵ 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.»





Petición de fecha 09 de septiembre de 2014, donde le actor solicita el reconocimiento, liquidación y pago del 20% que sobre la asignación básica mensual se le ha dejado de pagar.(fls. 14-15)

Orden administrativa de personal n° 262° de 14 de agosto de 2003, por el cual se incorpora un personal de infantes de marina voluntarios como infantes profesionales, en el que se encuentra el actor.

Expediente prestacional n° 4-73558 del señor Canoles Altamar Dionisio. (Fl. 76-94).

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 Canles Altamar Dionisio, 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 Canoles, ingresó al servicio militar desde el 01 de febrero de 1993, 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 1793 de 2000.

Así las cosas, es evidente que al señor Canoles, 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 1793 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 en lo referente a la liquidación de la asignación de retiro.

Por ultimo en lo referente a las condenas en costas recurrida por la parte demandante, tenemos los siguiente:

El tratadista López Blanco⁶, definió las costas como la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo la decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

En ese mismo sentido Morales Molina⁷ precisa que costas equivale, en general, al conjunto de gastos que las partes necesariamente deben hacer para obtener la declaración o ejecución judicial de un derecho, lo cual explica que del se excluyen los que no son consecuencia directa del proceso propiamente dicho, así como los superfluos o inhábiles par el mismo. pero es un concepto netamente procesal, no solo porque si no que la obligación de pagar las costas nace del proceso, sino porque si no se reconociera, el litigio no quedaría justamente compuesto, ya que la necesidad de servirse del proceso para obtener el derecho, no debe gravar a aquel a quien se reconoce.

Las costas (expensas y agencias en derecho) tal y como lo definió el ponente en su tratado "*Introducción al Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*"⁸,

⁶ López, H. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, Parte General*. Bogota D.C. - Colombia: Dupre. Pag. 1022.

⁷ Morales, H. (1991). *Curso de derecho Procesal Civil*. Bogota D.C - Colombia: A.B.C

⁸ Chavarro, R. (2012). *Introducción al Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*. Medellín - Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA



son cargas económicas que debe sufragar el litigante vencido en un proceso judicial por los gastos que necesariamente realizó su contraparte para concretar su posición, unida a la actividad jurídica desarrollada y apreciada conforme el acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J.

Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, define las agencias en derecho de la siguiente manera: (las costas son el género de la especie de gastos del proceso y agencias en derecho)

"ARTICULO SEGUNDO. - Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento."

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, establece, lo relativo a las condenas en costas el cual a texto dice:

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

Lo anterior nos remite al Código de Procedimiento Civil, el cual fue derogado por la ley 1564 de 2012, comúnmente llamado Código General del Proceso – C.G.P-, el cual en su CAPÍTULO III, dispone sobre el tema:

"Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.



5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.
2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.
3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.
6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará



inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso."

La ley 1437 en el canon 188 obliga objetivamente a condenar en costas en la sentencia, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, caso contrario que ocurría en el Derecho 01 de 1984 – C.C.A.- que el régimen de costas es subjetivo – se debe apreciar la conducta procesal asumida por las partes-

Por consiguiente, de acuerdo con la ley antes citada es deber del juez condenar en costas.

En ese orden de ideas, la accionada no está exonerada de la condena en costas por el hecho que el Gobierno regule la norma laboral de las fuerzas militares *"el pago de las agencias en derecho está destinado a restablecer la equidad perdida por causa del Estado y no constituye una dádiva o un privilegio a favor de quien tuvo que acudir a un proceso para defender sus derechos o intereses"*, como lo precisó la Corte Constitucional.

En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) para la procedencia de la condena en costas contra Armada, pues fue la parte vencida en el proceso. Sin embargo, como lo ha precisado la el Consejo de Estado, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con las reglas que las regula.

Con base en lo anterior, en lo tocante con las agencias en derecho tazadas en primera instancia, el acuerdo 1887 de 2003, en su art. 6 numeral 3.1.2 establece las tarifas de agencias en derecho en primera instancia que: *"con cuantía hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."*

Así mismo la norma ibídem, en su artículo tercero, estableció el criterio para fijar el monto, el cual expuso que:

"ARTICULO TERCERO. - Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones."

Así las cosas, revisado los elementos establecidos en la norma para el trazado de las agencias en derecho, considera la Sala que el a-quo, fue

⁹ sentencia C-157/13



desproporcionado al fijar como monto el 10% de las pretensiones, debido a que, se está en presencia de un proceso donde el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo fijó criterios unificados en el tema y se trata de una cuestión de puro derecho en materia laboral, por tales motivos se debe modificar tal decisión, por considerar por esta corporación que no se ajustan a los criterios legales.

La anterior afirmación se toma con base a la más reciente decisión del Honorable Consejo De Estado¹⁰, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, donde varió posición subjetiva y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas, al concluir que no se debe evaluar la conducta de las parte como temerarias o de mala fe, si no que estas son los gastos que incurre las partes en el trámite del proceso ordinarios, que la parte vencida debe asumir.

Colofón de lo antecedido se modificará el numeral sexto de la sentencia apelada, y en su lugar se fijan como agencias en derecho el uno por ciento (1%) de las pretensiones concedidas.

Costas en segunda instancia.

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 1º 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, no se condenará en constas en esta instancia debido a que le fue resuelto parcialmente el recurso a la demandada.

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,

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: William Hernández Gómez Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: José Francisco Guerrero Bardí Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada)



IV. FALLA:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia fechada 30 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:

"Sexto: Condenar en costas a la parte demandada, incluyendo por concepto de agencias en derecho el equivalente al 1% de las pretensiones estimadas en la demanda. Liquidense por secretaria."

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO. Sin condena en costas en esta instancia.

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

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

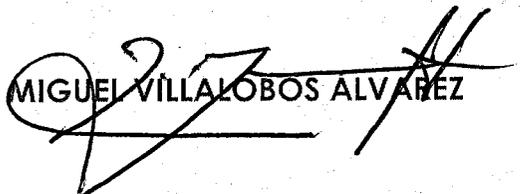
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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 ALVÁREZ