

Cartagena de Indias D. T. y C, once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-012-2015-00479-01
<b>Demandante</b>	JAVIER DAVID GAMEZ CONTRERAS
<b>Demandado</b>	NACIÓN – MIN. DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
<b>Tema</b>	RECONOCIMIENTO DIFERENCIA SALARIAL 20% SOLDADO PROFESIONAL

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el diecisiete (17) de agosto del dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES.

### 2.1. La demanda

#### 2.1.1 Pretensiones.

Fueron invocadas las siguientes (se transcribe):

*"1. Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos, conformados por los oficios No. 20155660098721 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de fecha 9 de febrero de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste salarial del 20% a mi representado a partir del 1° de noviembre del 2003, y No. 20155660151271 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM, de fecha 20 de febrero de 2015, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del oficio señalado anteriormente, en virtud de los cuales se agotó la vía gubernativa.*

*2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, al reconocimiento y pago a favor del señor JAVIER DAVID GAMEZ CONTRERAS, del reajuste salarial del 20% a que tiene derecho a partir del 1° de noviembre de 2003; así como al reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral devengada por mi representado desde el 1° de noviembre de 2003 y hasta la fecha de su retiro definitivo de la institución.*

3. Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, al reconocimiento y pago a favor del señor JAVIER DAVID GAMEZ CONTRERAS de los intereses moratorios sobre la totalidad de los valores que sean reconocidos por concepto del reajuste solicitado.

(....)”

## 1.2. Hechos

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El señor JAVIER DAVID GAMEZ CONTRERAS, ingresó al Ejército Nacional el 5 de julio de 1995 en condición de Soldado Regular; a partir del 17 de enero de 1997 se desempeñó como Soldado Voluntario y fue retirado con derecho a asignación de retiro con novedad fiscal el 11 de febrero de 2015.
- De manera inexplicable el salario del actor fue desmejorado a partir del mes de noviembre del 2003 en un 20%.
- En la nómina del mes de octubre de 2003 el actor, al igual que todos los soldados voluntarios devengaban un sueldo básico de \$531.200 y una vez se les denominó soldados profesionales, esto es, a partir del mes de noviembre del 2003, se les pago un sueldo básico de \$464.800.
- Por su permanencia en la selva el actor estuvo impedido para tener el control sobre los dineros que se le venían pagando por parte del Ejército a título de salario y prestaciones sociales.
- Quiso, junto con otros soldados profesionales reclamar ante la Dirección de Personal pero fue amenazado con la baja si lo hacía y por esa razón tanto el, como los demás, solo después del retiro definitivo elevaron las respectivas reclamaciones.
- El actor ostentó la condición de soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la ley 131 de 1985, y a 31 de diciembre del 2000 se encontraba como soldado voluntario, es decir, que adquirió el derecho a devengar un salario mínimo legal incrementado en un 60% de acuerdo con la ley 131 de 1985.

- Lo anterior si se tiene en cuenta que en su condición de soldado voluntario devengaba exactamente el mismo salario y de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del decreto 1793 del 2000, su salario no podía ser desmejorado.
- A pesar de lo dicho, a partir de la fecha en que se denominó el grado del actor como soldado profesional se le disminuyó su asignación mensual en un 20 %
- El actor solicitó ante la jefatura de personal de la Dirección General del ejército el reajuste del 20% en sus salarios y prestaciones desde el mes de noviembre del 2003 y la respuesta fue negativa.
- La respuesta es arbitraria porque no atiende lo regalado en el artículo 1 del decreto 1794 del 2000, en el entendido que, como lo dispone la normativa, quienes a 31 de diciembre del año 2000 se encontraba vinculado de acuerdo con la ley 131 de 1985, continuarían devengando un incremento del 60% y no del 40% como se fijó para los nuevos soldados profesionales.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Invoca como violada las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 13, 25, 29, 53 y 58
- Ley 1437 de 2011: artículos 138 y 159 a 195
- Ley 4° de 1992: artículo 10
- Decreto 1793 de 2000
- Decreto 1794 de 2000

Asegura que las normas que gobiernan el régimen prestacional que aplica al caso particular establecen con claridad el derecho de continuar devengando a partir del 1 de noviembre del 2003 un salario mínimo mensual legal vigente, incrementado en una 60% y en tal sentido, por no operar ello así se violan las normas invocadas.

Sostiene que la consecuencia lógica del reajuste salarial que se reclama, se debe disponer también el reajuste de todas las prestaciones sociales, vacaciones, primas, indemnizaciones y demás acreencias laborales devengados por el demandante durante su vinculación con el Ejército nacional, así como a la terminación de la misma y de la asignación de retiro en la forma legalmente establecida, sumas que deberán indexarse y sobre las cuales se deberán pagar interés moratorios.

#### **1.4. La contestación.**

Se opuso la demandada a las pretensiones de la demanda por las razones que pasan a sintetizarse.

Sostuvo que no están probados los hechos ni están acreditadas las circunstancias de ilegalidad o nulidad de los oficios demandados.

Asegura que lo único cierto es que estos fueron expedidos con observancia plena de los requisitos y formalidades previstas en las disposiciones legales que lo sustentan, así como con fundamento en las razones y motivos que facultaban a la administración para hacerlo, por lo que el acto acusado no viola en forma directa normas jurídicas.

Invoca la presunción de legalidad del acto, así como el cobro de lo no debido, la carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demanda, esto último en razón a que los soldados voluntarios, no tenían la calidad de empleados públicos y en esa medida solo recibían una suma mensual a título de BONIFICACIÓN, mas nunca se les reconoció un salario y por ello no tenían derecho a prestaciones sociales. También formuló la prescripción.

### **3. Sentencia de primera instancia.**

Mediante sentencia proferida el 17 de agosto del 2016, el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de los actos demandados y ordenando a título de restablecimiento del derecho, el pago al actor de la asignación mensual en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en lugar del 40% que se le venía reconociendo, así como la diferencia causada, a partir del 5 de febrero del

2012 y hasta el 11 de febrero del 2015 entre el salario percibido y el incremento ordenado. También ordenó reajustar las prestaciones sociales devengadas por el actor aplicando el aumento del 20%, durante el mismo lapso, junto con la indexación.

Declaró la prescripción de los incrementos salariales y prestaciones sociales anterior al 5 de febrero del 2012, por prescripción trienal.

La tesis que funda el fallo es la siguiente:

*“El despacho considera que el accionante logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados...en atención a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el cual le era aplicable en su calidad de soldado voluntario vinculado a 31 de diciembre de 2000 tal como lo previo la ley 131 de 1985.”*

Explicó que el demandante ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario con anterioridad al 31 de diciembre del 2000, por lo que recibía una bonificación equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, según lo establecido en el artículo 4° de la ley 131 de 1985, luego, a partir del 1° de noviembre de 2003, en virtud del Decreto 1794 de 2000, su salario mensual equivalía a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, en aplicación de la nueva legislación que recogió en un solo grupo a los soldados voluntarios y profesionales, para igualar las condiciones salariales de ambos grupos.

Que según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1 del decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre del 2000 que decidieron incorporarse como soldados profesionales, quedaron cobijados por las normas establecidas para aquellos. 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%.

Preciso que, teniendo en cuenta que el actor JAVIER DAVID GAMEZ CONTRERAS se vinculó como soldado voluntario el 17 de enero de 1997, 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.

Que el hecho 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, 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.

Concluyo que no podía la demandada negarle al actor el reconocimiento y pago de la diferencia equivalente al 20% en el incremento devengado inicialmente como soldado voluntario y, con posterioridad, como soldado profesional, en razón a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 del 2000.

Una interpretación en contrario – aseguró – 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, e incluso, una renuncia forzada a sus derechos salariales bajo el argumento inaceptable de una redistribución prestacional, esto al reconocer otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibía.

#### **4. Recurso de apelación.**

Según el acta de la audiencia de conciliación del 6 de octubre del 2016 (fls. 146 a 147 Cdo. No. 1) y el audio de la misma, la decisión de conceder solo el recurso de apelación del extremo pasivo de la litis, no fue cuestionada por la parte accionante cuando se le notificó en estrados, cobrando en consecuencia firmeza en ese instante, razón por la cual el *ad quem* solo se referirá a la alzada concedida.

Resiste la demanda la sentencia pues considera que si bien es cierto que el señor GAMEZ CONTRERAS era soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, también es cierto que motu proprio en noviembre del 2003 se incorporó como soldado profesional y por tal razón cambio su denominación y régimen salarial.

Aclara que efectivamente el actor desde enero del 2001 hasta noviembre de 2003, se le aplico la excepción contemplada en el parágrafo del artículo 1 del decreto 1794 del 2000, pero como aceptó voluntariamente pasar a ser soldado profesional, era lógico que se le aplicara en su integridad los decretos 1794 y 1793 del 2000, y el régimen salarial y prestacional que estas normas contemplaban.

Aduce que yerra el fallo al aceptar que el incremento del actor debía corresponder al 60% que venía devengado el actor como soldado voluntario, puesto que el legislador previo que quienes se encontraran vinculados como soldados voluntarios, pasarían a ser profesionales para gozar del régimen de prestaciones sociales que no tenían, respetándoles la prima de antigüedad, valor que los diferenciaba de quienes se incorporaron por primera vez como soldados profesionales.

Desmiente el fallo en el entendido que da por cierto que para la aplicación de ese régimen salarial mixto no se requería que el actor manifestara su intención de ser incorporado como soldado profesional aduciendo lo contemplado en la artículo 42 del decreto 1793 del 2000, habida cuenta que precisamente ese artículo previo que algunos soldados voluntarios no ACEPTARAN o no quisieran incorporarse como soldados profesionales, además de que la incorporación de los soldados profesionales no fue automática que eran voluntarios no fue automática, dado que obedeció a un procedimiento al punto que dicho trámite requirió de un tiempo de casi 2 años, pues se requería cumplir ciertos requisitos.

Preciso que los decretos 1793 y 1794 del 2000 contemplaron un REGIMEN DE EXCEPCION pero solo para aquellos soldados voluntarios que no aceptaron incorporarse como soldados profesionales, sino que manifestaron su voluntad de continuar con el antiguo régimen.

Arguyó que el incremento del 60% tiene exclusiva aplicación para aquellos soldados que continuaron adscritos a la institución como voluntarios, por ende, quienes se vincularon como soldados profesionales, quedaron

exceptuados de tal beneficio, ello en virtud de la taxatividad y especialidad de la regla.

Concluyó que no hubo violación a derechos adquiridos como lo enuncia el fallo apelado por cuanto lo que existió fue un cambio de régimen que el mismo actor aceptó, razón por la cual no podía mantener el régimen antiguo de la ley 131 de 1985 en lo que le era favorable y a su vez pretender beneficiarse del régimen establecido para los soldados profesionales.

Que la profesionalización del servicio conlleva a un mejoramiento para los que estaban vinculados como soldados voluntarios, aun cuando el incremento que se dispuso fue del 40%.

Que el régimen nuevo se debe aplicar en su integridad y no como lo hace el fallo que pretende que se siga aplicando el régimen antiguo solo en lo favorable y seguirse beneficiando de las prestaciones creadas en los decretos 1793 y 1794 del 2000, pues ello implicaría la violación del principio de inescindibilidad.

## **5. Concepto del ministerio público.**

El Agente del Ministerio Público en esta oportunidad no emitió concepto.

## **II.- CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia**

Con fundamento en lo mencionado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

### **2.2. 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 el artículo 320 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.

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*”.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el

litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

### **2.3. Problema jurídico.**

El problema jurídico se circunscribe a determinar si tiene el actor, en la categoría de derecho adquirido, la posibilidad de seguir disfrutando del aumento del 60% del salario mínimo mensual legal que venía disfrutando como soldado voluntario en virtud de la ley 131 de 1985, aun cuando posteriormente fue incorporado por decisión propia como soldado profesional y por ende sujeto al régimen previsto en el Decreto 1794 de 2000, que dispone el aumento en un 40%

### **3.4. Tesis.**

La Sala encuentra que la respuesta al interrogante es positiva y en tal virtud opera la CONFIRMACIÓN de la sentencia apelada.

### **3.5. Argumentación normativa y jurisprudencial.**

La Ley 131 de 1985, “*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, autorizó la prestación del servicio militar voluntario a quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio solicitaran dicha incorporación al comandante de la fuerza y fueran aceptados, en los siguientes términos:

*“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.*

El artículo 4 ídem, sobre la contraprestación a que tenían derecho los soldados voluntarios dispuso:

*“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.*

Posteriormente, fue expedido el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual el presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, expidió “el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, que en su artículo 1° estableció la condición de soldados profesionales (o infantes de marina profesionales), en los siguientes términos:

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

Ahora bien, en lo atañadero a la vinculación de los soldados incorporados en virtud de la **Ley 131 de 1985**, el parágrafo del artículo 5° del aludido Decreto 1793 de 2000 prescribió:

*“**Artículo 5.***

*(...)”*

***Parágrafo.** Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”*

De igual manera, en dicho Decreto se ordenó al Gobierno Nacional que al fijar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, lo efectuara “(...) con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”<sup>1</sup>.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000, “(...) por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de

---

<sup>1</sup> Artículo 38.

las Fuerzas Militares”, respecto de la asignación salarial mensual de los soldados profesionales previó:

**“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%).

**Artículo 2.**

(...)

**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.

De lo anterior se colige que el Decreto 1794 de 2000, de un lado, **respetó los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se encontraban incorporados al 31 de diciembre de 2000 y luego se vincularon por voluntad propia como soldados profesionales, puesto que se les conservó su remuneración mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), tal como lo disponía el artículo 4° de la Ley 131 de 1985;** y de otro, estableció para los soldados nombrados a partir del 1° de enero de 2001 como profesionales, una contraprestación por el servicio prestado correspondiente a un (1) salario mensual igual al salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo.

Esta interpretación viene siendo planteada de manera consistente por el Consejo de Estado, como puede verse verbigracia en la decisión del seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020), dictada dentro de la radicación número: 25000-23-42-000-2012-00826-01(1942-15) por la Sección Segunda Sub sección B (MP. Carmelo Perdomo Cuéter); decisión en la que, a partir del análisis de dichas normas, en conjunto con el decreto 4433 del 2003, y dado que el problema jurídico involucraba la reliquidación pensional de una persona que

se encontraba en las mismas circunstancias que el actor, se definió, en armonía con el precedente de unificación<sup>2</sup>, que la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, **un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%** teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor.

Es decir, de un ejercicio hermenéutico fijado para definir el componente salario de la asignación de retiro de estos servidores, se decantó el alcance del salario al que tenían derecho en servicio activo, para disponer que debe ser mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Para mayor ilustración se transcribe (*in extenso*) lo que al respecto se expuso en la sentencia de unificación aludida:

*“[...] se encuentra pendiente de definir cuál es la asignación básica mensual que debe tenerse en cuenta para la asignación de retiro de ese personal. Lo anterior, por cuanto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prescribe que los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento de una asignación de retiro cuando cumplan 20 años de servicios, la cual será liquidada en el equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 de aquella norma, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. A su vez, el numeral citado prescribe que es partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales el «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.º del Decreto-ley 1794 de 2000», norma esta última que prevé [...]*

*206. Al revisar el contenido literal de la disposición, se observa que ella prevé que la asignación de retiro de los soldados profesionales debe liquidarse con base en una asignación salarial mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40%, sin hacer precisión adicional respecto de quienes para el 31 de diciembre de 2000 estaban vinculados a las Fuerzas Militares como soldados voluntarios, los que en virtud del inciso 2 artículo 1 ejusdem, tenían derecho a una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%.*

*207. Tal laguna normativa lleva al interrogante de cuál debe ser la asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, lo que implica definir si esta prestación debe ser calculada*

<sup>2</sup> Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 25 de abril de 2019, expediente 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16 CE-SUJ2-015-19).



teniendo en cuenta el tenor literal de la norma, esto es, lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir, el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, o si por el contrario, la prestación de retiro debe calcularse con base en la remuneración que correspondía a los soldados voluntarios incorporados como profesionales, o sea, con base en el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

208. Para dirimir tal cuestión es necesario revisar, en primer término, el contenido del artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, el cual regula los aportes que los soldados profesionales en servicio activo deben realizar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. [...]

209. La disposición transcrita evidencia que los aportes que efectúan los soldados profesionales a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se realizan con base en los factores que se constituyen en las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, según lo ordena el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, esto es el salario mensual y la prima de antigüedad, y que los porcentajes allí indicados rigen de la misma forma para todos los soldados profesionales sin importar si se vincularon a las Fuerzas Militares antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1793 de 2000.

210. Mírese que la norma se refiere al salario mensual, el cual como se indicó en precedencia, es el previsto en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, disposición que contempla dos supuestos fácticos:

- (i) para los que se vinculen como soldados profesionales a partir de su entrada en vigencia, un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40% y,
- (ii) para quienes al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

211. Al confrontar el contenido del precitado artículo con el del artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 se advierte que, en principio, podría generarse una contradicción, por cuanto por una parte, este último prevé que la asignación de retiro se calculará teniendo como partida computable el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40%, mientras que el artículo 18 del Decreto 4433 contempla que los aportes para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se harán con base en el salario mínimo mensual, de manera que para algunos es el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% y para otros, en un 60%.

[...]

216. La solución que se plantea para definir el asunto, es una interpretación armónica de los artículos 16 y 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 que permita determinar el salario con base en la cual debe liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en su integridad, lo cual implica que en el caso de los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales deba atenderse el inciso segundo de la norma en cuestión, pues es esta la exégesis que atiende los principios de correspondencia entre los aportes y el valor de la mesada, y garantiza en mayor medida el derecho a la asignación de retiro como componente fundamental del derecho a la seguridad social, así como la equidad e igualdad material que se dispensa a los destinatarios de la norma,



*favorabilidad y pro homine<sup>3</sup>, postulados superiores que resultan de mayor peso al del principio de presunción de legalidad.*

*217. Admitir lo contrario conlleva, además del detrimento de estos últimos, al enriquecimiento sin causa de la entidad pública que reconoce la asignación de retiro de acuerdo con un ingreso base de liquidación inferior al que efectivamente sirvió para definir el porcentaje de los aportes. Igualmente, al desconocimiento del parámetro de validez garantista<sup>4</sup> para los derechos de las personas, que debe tenerse en cuenta en la aplicación de las fuentes formales del derecho, orientación que propone el modelo de Estado Social de Derecho<sup>5</sup> y sus fines<sup>6</sup>.*

[...]

*219. Tampoco puede desconocerse que uno de los elementos del régimen de la Fuerza Pública es que el incremento de las asignaciones de retiro siempre corresponde al mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros en servicio activo, de manera que es claro que lo devengado en actividad debe ser proporcional a la prestación de retiro.*

*220. En conclusión, la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor.*

*221. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%."*

También ha advertido la Alta Corporación<sup>7</sup> que, si bien es cierto que el mencionado Decreto 1794 de 2000 previó una diferencia del 20% de la retribución de los soldados voluntarios que pasaron a profesionales respecto de los soldados profesionales vinculados desde el 1° de enero de 2001, también lo

<sup>3</sup> Sobre el principio *pro homine* ver sentencias de unificación de esta sección: SUJ-009-S2 de 2018; SUJ-010-S2 de 2018 y SUJ-013-S2 de 2018.

<sup>4</sup> Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Ed. Trotta, S.A. 2005, 2009. Madrid. P. 29

<sup>5</sup> Artículo 1 de la Constitución Política.

<sup>6</sup> Artículo 2 *ibidem*.

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00826-01(1942-15)

es que ello obedece a la garantía constitucional de los **derechos adquiridos** contemplada en el artículo 58 de la Constitución Política.

### **3.6. Caso concreto y conclusión.**

Siendo el problema jurídico a desatar un asunto de puro derecho e interpretación, que no de controversia probatoria, debe definirse aceptando que si tenía el actor, en la categoría de **derecho adquirido**, la posibilidad de seguir disfrutando del aumento del 60% del salario mínimo mensual legal que disfrutó en su momento como soldado voluntario en virtud de la ley 131 de 1985, aun cuando posteriormente fue incorporado por decisión propia como soldado profesional y por ende sujeto al régimen previsto en el Decreto 1794 de 2000, lo que no impone la deducción del 20% para igualarlo a los soldados profesionales incorporados a partir del 01 de enero del 2001, para quienes el aumento es del 40%.

Lo anterior por cuanto, tanto las normas (Decreto 1794 del 2000) como la interpretación decantada por nuestro órgano de cierre sobre ellas, conllevan a colegir que si es aplicable en el *sub examine* la **teoría del los derechos adquiridos** de los soldados voluntarios que se encontraban incorporados al 31 de diciembre de 2000 y luego se vincularon por voluntad propia como soldados profesionales (como es el caso del actor<sup>8</sup>), puesto que se les conservó su remuneración mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), tal como lo disponía el artículo 4° de la Ley 131 de 1985.

Se reitera que según el acta de la audiencia de conciliación del 6 de octubre del 2016 (fls. 146 a 147 Cdo. No. 1) y el audio de la misma, la decisión de conceder solo el recurso de apelación del extremo pasivo de la litis, no fue cuestionada por la parte accionante cuando se le notificó en estrados, cobrando en consecuencia firmeza en ese instante, y por esa la Sala se releva de resolver el recurso que interpuso el extremo activo.

Así las cosas, impera la CONFIRMACIÓN de la sentencia apelada.

### **3.7. Condena en Costas.**

---

<sup>8</sup> Véase certificación de la Dirección de Personal del Ejército Nacional que milita a folio 7 del cuaderno principal No. 1.

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 previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

*“(…) 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.*

Así las cosas, se condenará a la parte **demandada** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en esta instancia por haber sido confirmada en su totalidad la sentencia apelada y no prosperar la alzada, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo

366 del C.G.P., incluyéndose en las misma las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada por las razones previamente expuestas.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas en segunda instancia a la parte demandada; liquídense en primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

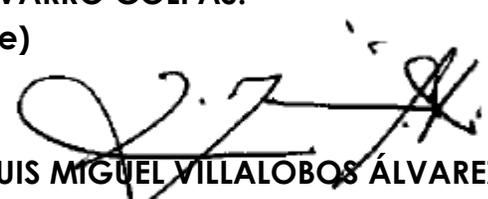
Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

**LOS MAGISTRADOS**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**

(Ponente)

  
**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

  
**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

Firmado Por:

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**2991724942656be987eb904713c39b408cfc00fd8504e98c27f30661286c09b7**

Documento generado en 29/09/2020 12:46:08 p.m.