

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
Magistrada ponente: Beatriz Teresa Galvis Bustos

Neiva, dos (2) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	410013333005-2017-00354-01
Demandante	:	JESÚS VARÓN ORTIZ
Demandado	:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL
Asunto	:	REAJUSTE ASIGNACIÓN DE SALARIO 60% - SUBSIDIO FAMILIAR
Acta	:	017

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que accedió a las pretensiones de la demanda y en cuanto considera incoherente lo resuelto con lo pretendido en la demanda.

CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, así se observa en la citada norma:

“(…) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda

alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...).”.

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe al reajuste del salario que percibía el actor mientras estuvo vinculado como Soldado Profesional a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y el correspondiente pago de diferencias, asunto en relación con el cual existen una gran cantidad de procesos y frente al cual esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades, además, existe jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el tema, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Sala se encuentra habilitada para resolver el presente caso de manera anticipada, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018 de esta Corporación.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

El demandante Jesús Varón Ortiz, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, con el fin que se hagan las siguientes declaraciones¹:

"2.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo conformado por el oficio No. 20173172062511: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1. 10 del 20 de NOVIEMBRE de 2017, expedido por el oficial Sección Nomina del Ejercito del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se niega la reliquidación de la asignación básica mensual que devengó mi representado como soldado profesional desde el 01 de noviembre de 2003 hasta la fecha de su retiro del servicio activo, por la falta de aplicación por parte del Ministerio de defensa Nacional - Ejercito nacional de lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que está tomo para liquidar su asignación mensual en actividad el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establecía que para los soldados que al 1 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios y que se trasladaron a la categoría de Soldados Profesionales, como es el caso del mi representado, la asignación básica salarial mensual se debía liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

¹fols. 53 y 54

2.2. PRETENSION QUE SE ADICIONA Que se declare la nulidad del acto administrativo conformado por el oficio No. 20173182196461: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMG-COPER-DIPER -1-10 del 07 de diciembre de 2017, expedido por el Oficial Sección Ejecución Presupuestal Ejercito del Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional, por medio del cual la entidad demandada niega la reliquidación y/o pago de la partida del SUBSIDIO FAMILIAR dentro de la asignación mensual que devengó mi representado en servicio activo, esto es desde el 02 de enero del 2010 hasta la fecha de retiro del servicio activo, es decir hasta el día 30 de mayo de 2014; por la falta de aplicación por parte del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL de lo establecido artículo 11 del decreto 1794 de 2000; esto conforme ida declaratoria de nulidad con efectos ex tune del decreto 3770 de 2009 realizada por H. Consejo de estado en sentencia del 08 de junio de 2007.

2.3. Como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.

- *Al pago a favor de mi representado de las diferencias que resulten entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto del salario mensual desde 01 de noviembre de 2003 en adelante, hasta la fecha del retiro del servicio activo, teniendo en cuenta la nueva base prestacional.*
- *SE ADICIONA: A la reliquidación y/o pago de la partida del SUBSIDIO FAMILIAR, desde la fecha en que se encuentra en UNIÓN MARITAL DE HECHO; 02 de enero del 2010 hasta la fecha de retiro del servicio activo, es decir hasta el día 30 de mayo de 2014.*
- *Así mismo, como consecuencia se ordene la reliquidación del auxilio de cesantías, primas y demás prestaciones teniendo en cuenta la nueva base prestacional.*

2.4. Se ordene el pago indexado de todos los valores adeudados a mi representado hasta la ejecutoria de la sentencia.

2.5 Se condene en COSTAS a la entidad demandada”.

1.2. Hechos:

Para fundamentar sus pretensiones expuso² los siguientes:

1.2.1. El demandante prestó su servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional como soldado regular.

1.2.2. Una vez terminó el periodo reglamentario, ingresó como soldado voluntario de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 y, posteriormente, fue incorporado como soldado profesional a partir del 1º de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército, condición que mantuvo hasta su retiro de la entidad.

²fols. 6 a 7

1.2.3. Indicó que desde el reconocimiento del status de pensionado, el Comando del Ejército Nacional ha liquidado el salario mínimo incrementando en un 40%.

1.2.4. Mencionó que radicó petición 75037 del 12 de octubre de 2017, ante la entidad demandada, solicitando el pago de una asignación mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, a partir del mes de noviembre de 2003 y el correspondiente reajuste del auxilio de cesantías, primas y demás prestaciones teniendo en cuenta la nueva base prestacional.

1.2.5. La entidad demandada negó la petición a través del oficio No. 20173172062511 del 20 de noviembre de 2017.

1.2.6. En vigencia 3770 de 2009 el demandante inicio una relación con la señora Yubinsan Rojas Chaux, unión que fue reconocida a través de escritura publica no. 376 del 6 de marzo de 2013 protocolizada en la Notaria Cuarta de Neiva.

1.2.7. Considera que con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009 la cual se realiza con efectos *ex tunc* el demandante tiene derecho a percibir el subsidio familiar dese el momento en que se encuentra en unión marital de hecho hasta la fecha de retiro del servicio activo de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de Decreto 194 de 2000.

1.2.8. Con petición del 15 de noviembre de 2017 se solicitó a la demandada el reconocimiento y reliquidación mensual de la asignación mensual con la inclusión del subsidio familiar

1.2.9. La demandada con oficio 20173182196461del 7 de diciembre de 2017 negó la solicitud impetrada.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación³

La parte demandante señaló como violadas las disposiciones contenidas en el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; las Leyes 131 de 1985, 4a de 1992 y 923 de 2004, Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

³ Folio 7 a 12

Como sustento de lo anterior, refirió que por una mala interpretación de la norma, el Comando de Ejército Nacional en forma arbitraria a partir del mes de noviembre de 2003 le disminuyó al demandante la asignación básica mensual de un salario incrementado en un 60% a un salario incrementado en un 40%, así que, con este desmejoramiento de un 20%, se está afectando el mínimo vital del servidor público que mantienen el orden constitucional en difíciles condiciones laborales que ponen en riesgo su integridad personal.

Señaló que no se entiende como el Comando del Ejército Nacional en forma caprichosa e injusta les disminuye la asignación básica mensual a los soldados profesionales que con anterioridad fueron soldados voluntarios, desconociendo de esta manera los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales.

Indicó que el hecho de que el actor hubiera optado por la condición de soldado profesional desde el 1º de noviembre de 2003, no puede ser tomado como justificación para la disminución de la asignación básica, ya que al entrar en vigencia el Decreto 1794 de 2000, el demandante no perdió solución de continuidad.

Mencionó que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación No. SUJ285001333300220130006001 fue enfático al establecer que los derechos prestacionales reconocidos a los soldados profesionales, se liquidan con base en el salario básico devengado, que debe ser equivalente a un salario mínimo incrementado en el 60%, para quienes venían vinculados como soldados voluntarios antes del 31 diciembre de 2000.

Manifestó que el Comando del Ejército Nacional en la motivación del acto administrativo que se demanda incurrió en causal de falsa motivación al no existir correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se aducen para negar al actor la petición solicitada.

2. Trámite procesal

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue presentada el 13 de diciembre de 2017 ante la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva (fl. 24 principal), correspondiéndole por reparto al Juzgado Quinto Administrativo de Neiva, despacho judicial que mediante auto del 16 de enero de 2018 la admitió y ordenó las notificaciones de rigor (folio 26 y 27).

La diligencia de notificación se surtió a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, de conformidad con la documental que obra a folio 28 a 30.

2.2. Contestación de la demanda

A través de apoderada judicial, y mediante escrito de 26 de octubre de 2017⁴, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional se opone a todas las pretensiones por carecer la demanda de apoyo en hechos y pruebas suficientes que demuestren que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad.

Precisó que no le asiste razón al actor en sus pretensiones y por lo tanto las mismas no están llamadas a prosperar, aduciendo que si el demandante se desempeñó como soldado voluntario y posteriormente se incorporó como soldado profesional, dicha incorporación conllevaba consecuentemente, el acogerse totalmente a los decretos 1793 y 1794 de 2000, sin comportar desmejoramientos, toda vez que al crearse el estatuto del soldado y establecer su régimen salarial y prestacional, los uniformados eran merecedores de notables e innegables beneficios que no tenían cuando eran soldados voluntarios.

Afirmó que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues fue expedido de conformidad con la normatividad vigente sobre la materia para la entidad demandada y no se evidenció algún elemento que vicie su legalidad.

⁴ Folios 48 a 64

Indicó que a simple vista se puede apreciar que los soldados voluntarios fueron mejorados cuando decidieron pasar a ser soldados profesionales, no solo porque de recibir una bonificación entraron a percibir un salario como tal, sino porque además tuvieron derecho a prestaciones sociales y otras garantías que antes no los cobijaban.

Formuló las excepciones de *inexistencia de desmejoramiento*, toda vez que el Decreto 1794 de 2000 consagró a favor de quienes se incorporaran como soldados profesionales derechos laborales y prestaciones de los cuales no gozaban los soldados voluntarios regidos por la Ley 131 de 1985; *derecho a la igualdad*, porque no puede pretenderse que personas que desempeñan un mismo cargo como soldados profesionales reciban beneficios que no se encuentran consagrados en el Decreto 1794 de 2000; *inexistencia de derechos adquiridos*, debido a que es desacertado afirmar que el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 garantizó que los soldados voluntarios no fueran desmejorados en sus condiciones laborales, porque ya los beneficios lo habían adquirido bajo el imperio de la Ley 131 de 1985; *ausencia de causales de nulidad*, pues el objeto del acto administrativo debatido es legal y ajustado a derecho; *prescripción trienal*, establecida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

2.3. Audiencia inicial

A través de providencia del 28 de marzo de 2018 (folio 164), el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 26 de abril de 2019 a las 11:00 a.m.

En la data señalada se llevó a cabo la diligencia, en la cual se surtieron las etapas correspondientes. La entidad demandada no propuso excepciones previas.

Por otro lado, se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda en los siguientes términos:

“Establecer si el demandante tiene derecho a que el ejército nacional, le reconozca y pague del reajuste salarial del 20% que venía percibiendo como Soldado Voluntario, pese a haber sido trasladado al Nivel de Soldado profesional, a partir del 01 de noviembre de 2013, hasta la actualidad, o hasta la fecha de retiro del servicio si ya se ocasionó; según lo establecido en el

inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000,, y la reliquidación y pago de la partida de subsidio familiar de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000”.

En la etapa de decreto de pruebas el A quo señaló que se tendrían como tales los documentos allegados con la demanda, dándoles el valor que les asigne la ley; siendo el asunto de puro derecho, el A quo otorgó el uso de la palabra a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión para dictar sentencia en los términos del artículo 182 del CPACA.

2.4. Alegatos de conclusión

La apoderada sustituta de la *parte demandante*, reiteró los supuestos fácticos y de derecho expuestos en la demanda, señalando que le asiste derecho al reajuste del porcentaje salarial devengado en servicio activo de conformidad a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, es decir, el salario mensual incrementado en un 60% de conformidad del inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000; entre tanto, el apoderado de la *entidad demandada* reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

2.5. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante sentencia del 10 de junio de 2019⁵, concedió las pretensiones de la demanda, en la que resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20173172062511: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-EMGF-COPER-DIPER-1.10, del 20 de Noviembre de 2017, mediante el cual la entidad demandada negó el reajuste del asignación de retiro devengada por el demandante.

SEGUNDO: ORDENAR a la entidad demandada a título de restablecimiento del derecho, reliquidar la asignación de retiro del señor JESUS VARON ORTIZ, con el incremento del veinte por ciento (20%), teniendo en cuenta lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000. Se deberá pagar al actor la diferencia resultante entre lo que pago la entidad como consecuencia del reconocimiento inicial de la asignación de retiro y lo que debe cancelar en cumplimiento

⁵ fols. 172 a 187

de esta sentencia, desde la fecha en la cual se hizo efectiva la asignación de retiro (31 de mayo de 2014).

La suma insoluta o dejada de pagar, una vez efectuados los descuentos de rigor, ser objeto de ajuste acudiendo para ellos a la siguiente formula conforme a lo explicado en la parte motiva de la esta providencia

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

TERCERO: ORDENAR a la entidad demandada que realice los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS, conforme se dijo en la parte motiva.

SEXTO: A esta providencia se le dará el cumplimiento conforme el artículo 187 y dentro de los términos establecidos en los artículos 192 y 195 de la ley 1437 de 2011 de manera que se causaran intereses moratorios conforme a las normas referidas.

SEPTIMO: En firme la presente providencia, archívese el expediente, una vez hechas ñas anotaciones correspondientes y expídanse las copias pertinentes a las partes conforme lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso.

Como sustento de la decisión, el *A quo* refirió que la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016 concluyó que en virtud del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 los soldados voluntarios hoy soldados profesionales tienen derecho a percibir un salario mínimo incrementado en un 60%.

Adujo que en el caso concreto, aparece probado que ingreso al ejército como soldado Regular el 20 de agosto de 1993 y que posteriormente se vinculó como Soldado Voluntario a partir del 14 de marzo de 1995 y desde el 1 de noviembre de 2003 al igual que todos los soldados voluntarios paso a ser Soldado Profesional por decisión del ejército nacional.

Sostiene que dentro del plenario se demostró que mediante Resolución No. 3502 del 11 de abril de 2014, se le reconoció al demandante el pago de

asignación de retiro a partir del 31 de mayo de 2014, tomando como sueldo básico el salario mínimo vigente para el año 2014 incrementado en un 40%.

En lo que respecta al reconocimiento del subsidio familiar consideró que no procede el reconocimiento de dicho factor teniendo en cuenta que la reciente jurisprudencia clarificó que para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal; pues la misma fue creada a partir del 1 de julio de 2014, para soldados Profesionales e infantes de marina mediante decreto 1161 y 1162 de 2014, fecha posterior a la cual el actor ya había causado su derecho prestacional.

En consecuencia, concluyó que la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad que tiene el acto administrativo demandado, motivo por el cual se accedió al reajuste de la asignación de retiro.

2.6. El recurso de apelación

A través de escrito radicado el 18 de junio de 2019⁶, el apoderado de *la parte demandante* interpuso y sustentó el recurso de apelación, señalando que la decisión del A quo carece de análisis de los elementos principales que componen la situación jurídica del actor, pues se pronunció sobre aspectos no peticionados en la demanda.

Manifiesta que la sentencia apelada es incongruente y no es consonante con los términos en que se planteó la demanda, sostiene que el A quo indica en la parte considerativa del fallo, el análisis con relación al 20% solicitado en el *sueldo básico* devengado en servicio activo por el demandante, para luego en la parte resolutive declarar el derecho al reajuste de la *asignación de retiro*, evento que no guarda relación con lo pretendido en la demanda, pues lo que se pide es el reajuste del 20% en la *asignación mensual* devengada en actividad.

Igualmente en lo que se refiere al subsidio familiar, se hace un estudio de la inclusión de la partida dentro de la asignación de retiro, estudio que es

⁶ Fls. 191 a 202

innecesario, pues no se pretende nada en relación con la asignación de retiro del actor, lo que conllevó a que la decisión tomada careciera de consonancia y congruencia.

Señala que lo que pretende es que se reajuste y reliquide la asignación básica devengada en actividad por el actor desde el 1 de noviembre de 2003 a la fecha de retiro del servicio, en los términos establecidos en el Decreto 1794 de 2000, que señala que aquellos soldados vinculados antes del 31 de diciembre de 2000 en calidad de soldados voluntarios devengaran un salario mínimo incrementado en un 60% y como consecuencia de dicho reconocimiento se reliquide el auxilio de cesantías, primas, subsidio familiar y demás prestaciones teniendo en cuenta la nueva base prestacional.

Así mismo, se pretende que se reconozca, reliquide y pague la partida del subsidio familiar dentro de la asignación mensual que devengó en actividad desde la fecha en que se modificó su estado civil hasta la fecha de retiro del servicio en cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, conforme la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

2.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El 26 de septiembre de 2018 el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva concedió el recurso de apelación, el cual fue admitido por el Tribunal el 24 de octubre de 2019⁷.

Mediante auto del 7 de noviembre de 2019⁸, se ordenó dar traslado a las partes para alegar de conclusión en segunda instancia.

2.7.1. Parte demandante

Por medio del escrito radicado el 22 de noviembre de 2019⁹, el apoderado del actor, presentó los alegatos manifestando que en virtud de las reglas jurisprudenciales fijadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado se debe revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar reliquidar la asignación mensual a partir del 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha de

⁷ Folio 4 cdno. Segunda Instancia

⁸ Folio 9 cdno. Segunda Instancia

⁹ Folio 24 a 26 cdno. Segunda Instancia

retiro del demandante, tomando como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000.

2.7.2. Parte demandada

A través de memorial radicado el 15 de noviembre de 2019¹⁰, el apoderado de la entidad presentó las alegaciones en los mismos términos de la contestación de la demanda, solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda.

2.7.3. Ministerio Público

En esta oportunidad el Agente del Ministerio Público no conceptuó.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

Se tiene que dentro del asunto de la referencia interpuso recurso de apelación la *parte demandante*, con el fin de que se revoque la sentencia de fecha 1 de noviembre de 2018, y en su lugar se acceda al reajuste del 20% del salario básico y del auxilio a las cesantías, primas y bonificaciones aplicando el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

De acuerdo con lo anterior, se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328¹¹ del Código General del Proceso al cual se acude por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

En ese contexto es claro que cuando se trata de apelante único el *Ad quem* solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el Juez de segunda instancia entrar a

¹⁰ Folio 14 a 23 cdno. Segunda Instancia

¹¹ "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. (...)"

analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

Adicionalmente, en este caso, ningún reparo encuentra la Sala respecto de la oportunidad en la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, por lo que siendo ello así se abordará el estudio del presente asunto atendido los aspectos en los que la parte demandante ha sustentado la apelación.

Al respecto, se advierte que, según el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, a los Tribunales Administrativos se les asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, por lo que esta Sala es competente para conocer del asunto objeto de estudio.

3.2. Planteamiento del caso

En el presente asunto se controvierte la nulidad del acto administrativo No. 20173172062511 del 20 de noviembre de 2016, mediante el cual la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional negó en la liquidación de la asignación básica del actor tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% de conformidad al inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Así mismo se solicita la nulidad del oficio 20173182196461 del 7 de diciembre de 2017 mediante el cual la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional negó la inclusión del subsidio familiar dentro de la liquidación de la asignación básica del actor.

Como restablecimiento del derecho se pretende se ordene a la demandada el reajuste de la asignación básica desde el 1º noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro, con el reajuste del salario mínimo incrementado en un 60% de conformidad al inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y la inclusión del subsidio familiar.

Por su parte, *la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional* aduce que los soldados voluntarios fueron mejorados cuando decidieron

pasar a ser soldados profesionales, porque de recibir una bonificación entraron a percibir por sus servicios un salario como tal, y además tuvieron derecho a prestaciones sociales y otras garantías que antes no los cobijaban.

Entre tanto, la *sentencia de primera instancia* accedió a las pretensiones de la demanda, sin embargo, lo que ordenó fue reliquidar la *asignación de retiro* del señor Jesús Varón Ortiz, con el incremento del veinte por ciento (20%), teniendo en cuenta lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, indicando que se deberá pagar al actor la diferencia resultante entre lo que pago la entidad como consecuencia del reconocimiento inicial de la asignación de retiro y lo que debe cancelar en cumplimiento de esta sentencia, desde la fecha en la cual se hizo efectiva la asignación de retiro, esto es, el 31 de mayo de 2014 y negó lo relacionado con el subsidio familiar.

La parte *demandante* apeló la anterior decisión señalando que la sentencia apelada es incongruente y no es consonante con los términos en que se planteó la demanda por cuanto según lo sostiene el *a quo* en la parte considerativa del fallo una vez hecho el análisis con relación al 20% solicitado en el sueldo básico devengado en servicio activo, luego procede en la parte resolutive a declarar el derecho al reajuste de la asignación de retiro, evento que no guarda relación con lo pretendido en la demanda, pues lo que se pide es el reajuste del 20% en la asignación mensual devengada en actividad.

3.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si existe mérito para revocar la sentencia objeto de alzada, a través de la cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva concedió las pretensiones de la demanda incoadas por el señor Jesús Varón Ortiz referentes al incremento de la asignación de retiro, y en su lugar ordenar el reajuste de la asignación básica y del auxilio de cesantías con base en un salario mínimo incrementado en un 60% conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000. A su vez, se deberá establecer si es procedente incluir el subsidio familiar dentro de la asignación básica devengada el actor en actividad.

Para resolver el problema jurídico la Sala inicialmente analizará el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso en estudio; seguidamente, se procederá a establecer los hechos probados en el proceso y se abordará el estudio del caso concreto.

3.3.1. Régimen salarial de los soldados voluntarios incorporados a soldados profesionales

Con fundamento en las facultades otorgadas por el artículo 121 de la Constitución Política de la época, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 2157 del 9 de agosto de 1985 *"Por el cual se dictan normas tendientes al restablecimiento del orden público"* que, con relación a los Soldados Voluntarios dispuso:

"ARTÍCULO 2o. *Los comandantes de fuerza podrán, en cualquier momento, dar de baja al personal que preste el servicio militar voluntario.*

ARTÍCULO 3o. *El personal de soldados voluntarios devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.*

PARÁGRAFO 1o. *Si el personal de soldados voluntarios estuviere en servicio durante un año, tendrá derecho a percibir una bonificación especial equivalente a la remuneración recibida en el mes anterior a la terminación del servicio militar voluntario.*

PARÁGRAFO 2o. *Cuando el personal de que trata, el presente Decreto no hubiere servido un año completo, tendrá derecho al reconocimiento de la bonificación especial a razón de una doceava parte (1/12) por cada mes completo de servicio.*

ARTÍCULO 4o. *El personal de soldados voluntarios quedará sujeto al Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, al Código de Justicia Penal Militar con excepción del delito de desertión y al Decreto 2728 de 1968 y normas que lo adicionen o reformen.*

ARTÍCULO 5o. *El personal de soldados voluntarios que sea dado de baja tendrá derecho a que el tesoro público le pague, por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por el año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar. Cuando la baja se produzca por razones disciplinarias o penales, según el caso, no habrá lugar al pago de esta bonificación."*

Así mismo se profirió la Ley 131 de 1985, *"Por la cual se dictan normas sobre el servicio militar voluntario"*, que en el artículo 2 señaló que podrán prestar servicio militar voluntario quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten esa intención al respectivo Comandante de las Fuerzas y sean aceptados por él, servicio que se prestará por un lapso

no menor de doce (12) meses. De la misma manera, dispuso que la calidad de Soldado Voluntario surge del deseo de éste de permanecer en el servicio, luego de prestar el servicio militar obligatorio.

Sobre la situación salarial y prestacional de los soldados voluntarios, el artículo 4º, 5º y 6º de la Ley 131 de 1985, dispusieron lo siguiente:

"Artículo 4. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

Artículo 5. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.

Parágrafo. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

Artículo 6. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar."

La Ley 131 de 1985, fue reglamentada a través del Decreto 370 de 1991, que contempló:

"ARTÍCULO 1. *La aceptación del personal que haya prestado el servicio militar obligatorio, como Soldados Voluntarios se efectuará mediante el siguiente procedimiento:*

a) Solicitud de Alta, como Soldado Voluntario dirigida individualmente por el interesado al respectivo Comando de Fuerza, presentada en la Guarnición más cercana al domicilio del solicitante;

b) Las Unidades Operativas o su equivalente, presentarán las propuestas al correspondiente Comando de Fuerza;

c) La selección de los Aspirantes se hará entre quienes sean solteros, acrediten muy buena conducta durante su permanencia en el servicio militar y reúnan condiciones sicológicas y morales adecuadas para el servicio militar voluntario;

d) El Alta del personal de Soldados Voluntarios se hará por la Orden Administrativa de Personal del Comando de la respectiva Fuerza.

PARÁGRAFO 1. *El acto a partir del cual se entiende legalmente incorporado el personal de Soldados Voluntarios, es la Orden Administrativa de Personal del Comando de Fuerza y la fecha que se tomará para todos los efectos legales será con la novedad fiscal que allí aparezca.*

PARÁGRAFO 2. *La planta de Soldados Voluntarios de las Fuerzas Militares, será fijada anualmente por el Gobierno Nacional, de acuerdo a las necesidades de éstas.*

El Gobierno Nacional fijar la planta que debe regir para cada año antes del 31 de enero, y cuando no lo hiciere continuará rigiendo la vigente.

En casos especiales, el Gobierno podrá modificar la planta vigente en cualquier tiempo.

ARTÍCULO 2. *El Soldado Voluntario no podrá sobrepasar la edad de treinta y cinco (35) años en el servicio y en tal evento el Comando de la respectiva Fuerza procederá a darlo de baja por la Orden Administrativa de personal.*

PARÁGRAFO. *El Comandante de la Fuerza puede en cualquier tiempo dar de baja por la Orden Administrativa de personal, a los Soldados Voluntarios que cumplidos los doce (12) meses mínimos de servicio, soliciten su baja o no se considere necesaria su permanencia; antes de este tiempo lo podrá hacer por causal de gran invalidez, disminución de la capacidad sico-física para la actividad militar, por inasistencia al servicio por más de diez (10) días, por sentencia judicial o por conducta deficiente.*

ARTÍCULO 3o. *La bonificación de Navidad a que se refiere el artículo 5 de la Ley 131 de 1985 se pagará en la proporción allí prevista dentro de los quince (15) primeros días del mes de diciembre del respectivo año.*

Las sumas de dinero que a la baja del Soldado Voluntario, queden pendientes de cancelar por concepto de bonificaciones, se pagarán por nómina adicional en el mes siguiente a la fecha de la baja.

Cuando se trate de otras prestaciones relativas a incapacidades, invalideces e indemnizaciones, el reconocimiento se efectuará conforme al procedimiento establecido para los Soldados Regulares de las Fuerzas Militares.

ARTÍCULO 4. *El personal de Soldados Voluntarios podrá ser trasladado o asignado en comisión, en las respectivas Unidades de cada Fuerza dentro del país y de acuerdo con las necesidades del servicio.*

ARTÍCULO 5. *Los Soldados Voluntarios que fueron vinculados en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2157 del 8 de agosto de 1985 y que deseen continuar en actividad, quedarán sujetos a lo establecido en la Ley 131 de diciembre de 1985 y demás disposiciones que la complementen.”*

De conformidad con lo anterior, se concluye que los Soldados Voluntarios ten derecho a una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, en razón a la prestación del servicio militar, así como a una bonificación por navidad, y por una sola vez, se les reconoce al momento del retiro del servicio, una suma que equivale a una bonificación mensual por cada año de servicios prestados y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

Posteriormente, el Congreso de la República de acuerdo con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, a través de la Ley 578 de 2000, revisitó al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de 6 meses, para expedir las normas de carrera, los

reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional, entre otras.

En virtud de lo anterior, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1793 de 2000 *"por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, cuyo artículo 1º definió la calidad de soldado profesional 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."

En lo que tiene que ver con el ingreso de los soldados profesionales, los artículos 3 y 4 preceptúan lo siguiente:

"Artículo 3. Incorporación. La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional."

Artículo 4. Requisitos para la incorporación. Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:

- a) Ser colombiano.*
- b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.*
- c) Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho.*
- d) Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.*
- e) Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.*
- f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.*
- g) Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.*

Y en cuanto a la incorporación a la categoría de Soldados Profesionales, de quienes se encontraban vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, la norma señaló:

"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.

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.

(...)

ARTÍCULO 38. RÉGIMEN 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."*

En atención a lo dispuesto en el citado artículo 38, el Presidente de la República expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, norma que sobre la asignación mensual de éstos estableció:

"ARTICULO 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%).

ARTICULO 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."* (Subrayado nuestro).

De la lectura, y del contenido remisorio del artículo 1º citado, se observa

que se consagró una excepción relacionada con la asignación salarial de los Soldados que al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban vinculados como voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, la cual, les permite devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), a diferencia del cuarenta por ciento (40%) establecido para los Soldados Profesionales en la referida disposición.

Al respecto el Consejo de Estado recientemente unificó su criterio en sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, donde manifestó:

"Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁷⁷ distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

*En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁷⁸ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁷⁹ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual **equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%**"*

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,¹² es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹³ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4º de 1992¹⁴ y el Decreto Ley 1793 de

¹² **ib.**

¹³ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁴ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para

2000,¹⁵ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793¹⁶ y 1794⁸⁵ de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.⁸⁶

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁸⁷ les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁸⁸ esto es, una bonificación mensual equivalente al salario legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibía las bonificaciones mensuales de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁹⁰ alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

“(..)”

Efectos prestacionales de ordenar el reajuste salarial del 20% a favor de los soldados profesionales que venían como voluntarios

De acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰² los Soldados Profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

“(..)”

La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.

Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías”.

la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y

Bajo esa argumentación, la sentencia de unificación citada fijó las siguientes reglas:

1. *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%.*
2. *De igual manera, el inciso 2 del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, indicó que 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%.*
3. *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.*
4. *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 cuatrienal de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968¹⁷ y 1211 de 1990, respectivamente.*

Posteriormente, la alta Corporación de lo Contencioso en sentencia del 25 de abril de 2019¹⁸, se pronunció sobre el porcentaje de la asignación básica que se debe tener en cuenta para la asignación de retiro de los soldados profesionales, en los siguientes términos:

"(...) 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, (u) 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%.

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

¹⁷ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹⁸ M.P. William Hernández Gómez; Radicado No. 1701-2016

el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% y para otros, en un 60%.

Ello implica que si se interpretara gramaticalmente el artículo 13.2.1, se llegaría a la conclusión de que, independientemente de si se realizaron cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, o en un 60%, la asignación de retiro se liquidaría sobre el salario aumentado en un 40%.

En esas condiciones, es claro que una interpretación gramatical del artículo 13.2.1 ibidem estaría desconociendo los valores sobre los cuales efectivamente se realizaron las cotizaciones de los destinatarios del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, con lo cual se ofrece un tratamiento inequitativo para aquellas personas que, habiendo realizado aportes sobre un salario mayor, reciben una mesada igual a quienes contribuyeron al sistema en el mismo porcentaje, pero sobre un ingreso inferior. Esta situación va en detrimento del principio de igualdad material frente al derecho a que la mesada pensional corresponda a lo efectivamente cotizado de aquellas que sí gozan de tal garantía.

(...)

La solución que se plantea para definir el asunto, es una interpretación armónica de los artículos 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, postulados superiores que resultan de mayor peso al del principio de presunción de legalidad.

(...)”

Conforme a lo expuesto, fijó las siguientes reglas de unificación en relación al incremento del salario mínimo en un 60% o 40% para reliquidar la asignación de retiro o pensión de invalidez de los soldados profesionales:

3. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

4.1. 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 deba 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%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el

trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4.2. 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%.

Respecto a la partida del **subsidio familiar** para los soldados profesionales, se tiene que el Decreto 1794 del 2000 lo estableció a favor de estos como emolumento a devengar en actividad, advirtiendo la Sala que dicha preceptiva nada dijo acerca de su inclusión en la asignación mensual de retiro de este personal, así lo estipuló:

"ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

La anterior disposición fue derogada por el Decreto 3770 del 2009, a cuyo tenor dispuso:

"Artículo 1. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio,

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual."

Este último decreto fue declarado nulo por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, con efectos ex tunc¹⁹, a través de providencia de fecha 8 de junio de 2017, con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, dentro del proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2010-00065-00.

De manera que, al ser declarado nulo el Decreto 3770 de 2009 con efectos ex tunc, esto es desde su expedición, debe tenerse que el artículo 11 del Decreto 1794, por el cual se creó el derecho de los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de la Fuerzas Militares a esa partida recobró

¹⁹ Locución latina que significa: desde que la norma entró en vigencia o empezó a regir.

vigencia, esto es, que este personal ha tenido el derecho a esta partida en actividad desde el 14 de septiembre de 2000, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1161 de 2014²⁰ que creó el subsidio familiar a los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que no percibieran dicha partida de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, el reconocimiento estaba sujeto a la asignación básica, así:

"a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales."*

En el mismo decreto se indicó que a partir del 1º de julio de 2014 el subsidio familiar creado, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar las pensiones, en el 70% del valor que devengue en actividad.

Por su parte, el Decreto 1162 de 2014²¹ ordenó incluir como partida computable el subsidio familiar a quienes de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 se encontraban devengándolo. En este caso se incluirá en el 30% de lo devengado.

Por lo anterior, los Decretos 1161 y 1162 de 2014 ordenaron la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro y pensión de invalidez de los

²⁰ Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones.

²¹ Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.

Soldados e Infantes de Marina Profesionales, en diferentes porcentajes, teniendo en cuenta la fecha en que les fue reconocido, así:

- Si el subsidio familiar le fue reconocido con ocasión al Decreto 1161 de 2014 se le tendrá en cuenta en un 70% de lo devengado en actividad – sobre el 26% de la asignación básica-.
- Si el subsidio familiar ya había sido reconocido con ocasión al Decreto 1794 de 2000 se tendrá en cuenta en el 30% de lo devengado en actividad – sobre el 62,5%.

3.3.2. Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo²², pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada en el expediente encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, lo siguiente:

A partir de la hoja de servicios del señor Jesús Varón Ortiz encuentra la Sala acreditado que estuvo vinculado al Ejército Nacional inicialmente en condición de soldado regular, posteriormente como soldado voluntario, y a partir del 1 de noviembre de 2003 fue incorporado como soldado profesional (folio 18).

Se probó que el demandante se encuentra con unión marital de hecho vigente con la señora Yubinsan Rojas Chaux, unión que fue reconocida a través de escritura pública no. 376 del 6 de marzo de 2013 protocolizada en la Notaria Cuarta de Neiva (fl. 51 y 52)

Que radicó petición 75037 del 12 de octubre de 2017, ante la entidad demandada solicitando el pago de una asignación mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, a partir del mes de noviembre de 2003 y el correspondiente reajuste del auxilio de cesantías, primas y demás

²²Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013, proferida dentro del expediente 25022, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

prestaciones teniendo en cuenta la nueva base prestacional (fls. 13 a 15); petición que fue negada a través del oficio No. 20173172062511 del 20 de noviembre de 2017 (fl. 17).

Que con petición del 15 de noviembre de 2017 el actor solicitó a la demandada el reconocimiento y reliquidación mensual de la asignación mensual con la inclusión del subsidio familiar (fl. 41 a 46)

La demandada con oficio 20173182196461del 7 de diciembre de 2017 negó la solicitud de reconocimiento y pago del subsidio familiar (fl. 50)

3.3.3 Caso concreto

Conforme se registró en precedencia, el actor solicitó la nulidad del oficio No. oficio No. 20173172062511 del 20 de noviembre de 2017, que le negó el reajuste de la asignación básica, auxilio a las cesantías, primas y bonificaciones con la nueva base de liquidación, de igual forma solicita la nulidad del oficio 20173182196461del 7 de diciembre de 2017 que negó la solicitud de reconocimiento y pago del subsidio familiar.

Como restablecimiento del derecho pretende se ordene a la demandada liquidar **la asignación básica** con el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% conforme al inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y el pago del subsidio familiar sobre la asignación básica.

Del material probatorio obrante en el plenario es posible establecer que el señor Jesús Varón Ortiz prestó sus servicios a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional en los siguientes periodos (fl. 18):

Categoría	Desde	Hasta
Soldado regular	20/08/1993	25/02/1995
Soldado voluntario	14/03/1995	31/10/2003
Soldado Profesional	01/11/2003	28/02/2014

En este orden de ideas, se encuentra que el demandante, después de prestar el servicio militar obligatorio, se vinculó a la entidad demandada en calidad de soldado voluntario bajo la vigencia de la Ley 131 de 1985,

permaneciendo en dicha categoría hasta el 31 de octubre de 2003. Igualmente, se observa que a partir del 1° de noviembre de 2003, el accionante fue incorporado como soldado profesional y ocupó ese grado hasta el momento de su retiro.

Así las cosas, claramente puede extraerse que el actor a 31 de diciembre de 2000 estaba vinculado como soldado voluntario bajo el régimen de la Ley 131 de 1985 y, en ese sentido, había adquirido el derecho a percibir como asignación básica mensual el equivalente a un (1) SMLMV incrementado en un 60% una vez fue incorporado como soldado profesional, conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000 y fue dilucidado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado previamente citada.

Lo anterior por cuanto de los antecedentes administrativos aportados al expediente, se logra establecer que en los meses de agosto a octubre de 2003 el sueldo básico que devengó el demandante como soldado voluntario fue de \$813.399²³, sin embargo en los meses de noviembre y diciembre de esa anualidad percibió como soldado profesional el salario de \$712.471²⁴ y, para el año 2004 el salario básico ascendía a \$501.200²⁵, de lo anterior se desprende que la entidad demandada toma como base el salario mensual incrementado en un 40%, es decir, que el monto de los ingresos mensuales del demandante se vio reducido a partir del momento en que fue incorporado a la categoría de soldado profesional. profesional, esto es, a partir del 1° de noviembre de 2003.

Al respecto se debe tener en cuenta la regla fijada en la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016, que estableció: *"4.1. 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 deba 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%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación*

²³ Folios 135 y 136 C ppal.

²⁴ Folio 136 v/to y 137 C ppal.

²⁵ Folios 138 C ppal.

de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador". De modo que, ese es el salario que se debe tener en cuenta para liquidar las prestaciones del mismo personal.

No obstante, en el presente caso, para efectos de liquidar la **asignación básica del demandante**, la entidad tuvo en cuenta el salario indicado en el primer inciso del numeral 13.2.1 del Decreto 1794 de 2000 (un salario mínimo incrementado en el 40%), cuando debió aplicar el inciso 2 del artículo 1º del mismo Decreto en la medida que el señor Jesús Varón Ortiz venía desempeñándose como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, antes de ser incorporado como soldado profesional y por lo tanto, le asiste derecho a la reliquidación de su asignación básica teniendo en cuenta esa diferencia salarial (20% del salario mínimo) y al reconocimiento y pago de las diferencias que se generen con ocasión esa reliquidación, como quiera que la incorporación del actor como soldado profesional, no podía conllevar la pérdida del derecho a percibir un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, suma que percibía mientras se desempeñó como soldado voluntario.

En efecto, en este caso se demostró que el demandante se vinculó como soldado voluntario desde el 1 de septiembre de 2000, es decir antes del 31 de diciembre de 2000, y a partir del 1 de noviembre de 2003 se incorporó sin solución de continuidad como soldado profesional, aspecto que lo ubica en la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, es decir, lo hace acreedor al derecho de continuar devengando como sueldo básico un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, en consecuencia se ordenará el reajuste reclamado, como se indicó y, se modificará en lo pertinente la decisión del *A quo* que ordenó tal reconocimiento pero en la asignación de retiro, cuando lo correcto sería en la asignación mensual que devengaba en actividad.

Lo anterior, toda vez que la entidad demandada, esto es, el Ministerio de Defensa, es la encargada de la liquidación y pago de los salarios de los soldados profesionales, en cambio, como lo ordenó el Juez de primera

instancia, es de competencia de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, quien no fue demandada en la presente Litis, en ese orden de ideas se comparte el argumento de la parte actora, quien señaló que la decisión de primera instancia fue incongruente con lo pedido.

Esto, por cuanto el no reconocimiento del **salario** antes señalado a favor del actor, implica un desconocimiento de sus derechos adquiridos al momento de su transición de soldado voluntario a soldado profesional, situación que no fue tomada en cuenta por la entidad demandada al momento de reconocer y liquidar la **asignación básica**, pues fijó como asignación básica al actor un salario mero aumentado en un 40% y no en un 60% como lo venía percibiendo, desvirtuándose con ello la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, mediante el cual se negó la solicitud de reajuste de la asignación básica.

En síntesis, se reitera que le asiste derecho al demandante, al reajuste de la **asignación básica** teniendo en cuenta lo señalado en el inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo incrementado en el 60%.

Por tal razón, es dable declarar la nulidad del acto administrativo acusado; sin embargo, no hay lugar a emitir orden de restablecimiento del derecho, toda vez que el demandante solicitó el reajuste del salario el **12 de octubre de 2017**, por lo tanto, los tres años de que trata el Decreto 4433 de 2004 respecto a la prescripción de derechos laborales de los miembros de la fuerza pública, se cumplieron el **12 de octubre de 2014**, fecha en que el demandante ya se encontraba retirado, pues dicho suceso ocurrió el **28 de febrero de 2014**.

En lo que respecta al **subsidio familiar** se tiene que dentro del expediente se probó que el demandante cuenta con una unión marital de hecho declarada desde el 2 de enero del año 2010, protocolizada en la Notaria Cuarta de Neiva el 8 de marzo de 2013, que dicha unión se dio bajo la vigencia del Decreto 3770 de 2009, el cual derogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, por tanto, según el actor manifiesta, no le fue reconocido subsidio familiar.

Ahora bien, se resalta inicialmente que el actor tiene derecho a percibir el subsidio familiar, pues la norma que negó el derecho fue declarada nula por el Consejo de Estado como se precisó en líneas anteriores.

Sin embargo, advierte la Sala de la hoja de servicios No. 3-96359999 del 20 de marzo de 2014, visible a folio 18 del expediente, que al actor le fue reconocido subsidio familiar en porcentaje del 4.00% con disposición OAP-EJC No. 1243 del 30 de octubre de 2006, con efectos fiscales a partir del 4 de agosto de 2006, teniendo como beneficiario a su cónyuge Edilma García Penagos.

En consecuencia, no es de recibo para la Sala el argumento expuesto por el demandante, en el sentido de afirmar que no ha recibido el subsidio familiar correspondiente, pues según se ha expuesto dicha prestación fue percibida por el actor desde el 4 de agosto de 2006 y no obra constancia que la misma le haya sido vedada o que el acto administrativo por el cual le fue otorgada haya sido revocado, en virtud de lo anterior no habrá lugar hacer reconocimiento alguno, advirtiendo que dicho factor fue cancelado en actividad conforme se observa en la hoja de servicios del actor.

En suma, el problema jurídico se resolverá en el sentido de confirmar la orden de declarar la nulidad del acto administrativo acusado, en lo que respecta al ajuste del salario con el incremento del 20%, sin embargo se revocara el restablecimiento del derecho por configurarse la prescripción.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* decidió abstenerse de imponer condena en costas a la parte demandada, decisión que se mantendrá incólume, toda vez que no fue objeto de oposición dentro del recurso que aquí se resuelve.

4.2.- Costas en segunda instancia

Es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en

materia de condena en costas²⁶ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto²⁷, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365²⁸ consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: *i) objetivo* en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y *ii) valorativo* en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso 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.

(...)

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

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

(...)

²⁶ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

²⁷ "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."

²⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5 de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
(...)”

Del anterior análisis se colige que el asunto se subsume en los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), pues como primera medida, la sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda; y como segunda, el legislador dispuso que *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Por lo que una vez revisado el expediente, se advierte, que en esta instancia no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se ocasionaron erogaciones que conlleven a la imposición de costas en segunda instancia. Por lo tanto, no procede la condena en ese sentido.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia dictada el 10 de junio de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva

SEGUNDO: REVOCAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia dictada el 10 de junio de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, en su lugar se declara la prescripción del derecho.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás apartes la sentencia recurrida.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

A stylized handwritten signature in black ink, featuring a large, bold 'B' and 'M' with a horizontal line extending from the bottom.

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrado

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke.

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'G' and 'M' with a horizontal line at the bottom.

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado