

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CONCENTRADA CON FALLO

LUGAR: Villavicencio (Meta)
Palacio de Justicia, Piso 2 Torre B
Sala de Audiencias No. 19 para los Juzgados Administrativos

FECHA: Dos (2) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ: JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS

HORA DE INICIO:	02:00 P.M	HORA FINAL:	03:04 P.M.
-----------------	-----------	-------------	------------

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EXPEDIENTES: 50001-33-33-002-2018-00046-00
50001-33-33-002-2018-00268-00

DEMANDANTES: CIRO ANTONIO MALDONADO
SILVINO ARAGÓN FLOREZ

DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL

En Villavicencio, a los 2 días del mes de mayo del año dos mil diecinueve (2019), siendo las 02:00 p.m., se procede a llevar a cabo la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 de manera concentrada, teniendo en cuenta que los procesos versan sobre el mismo asunto, para tal efecto el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, bajo la dirección del señor Juez JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS, se constituye en audiencia pública y la declara abierta con el fin ya señalado:

1. ASISTENTES

Parte demandante (2018-00046): CARLOS HUMBERTO YEPES GALEANO
identificado con C.C. 79.699.034 y T.P. 246.358 del C.S.J.

Parte demandante (2018-00268): CARLOS ANDRÉS BORRERO ALMARIO identificado con C.C. 86.083.925 y T.P. 150.724 del C.S.J.

Parte demandada (2018-00046): JOSÉ DANIEL BAYONA PUERTO identificado con C.C. 86.065.475 y T.P. 220.967 del C.S.J.

Parte demandada (2018-00268): GUSTAVO RUSSI SUÁREZ identificado con C.C. 79.521.955 y T.P. 77.649 del C.S.J.

AUTO RECONOCE PERSONERÍA

Se reconoce personería al Abogado Carlos Andrés Borrero Almario para actuar como apoderado sustituto de la parte actora, en el proceso **2018-00268**, en los términos del memorial que allega el día de hoy. **Se notifica en estrados.**

2. SANEAMIENTO

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 180-5 y 207 de CPACA, el Juzgado deja constancia que revisados los expedientes no encuentra causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, o que amerite el saneamiento para evitar una decisión inhibitoria. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

3. EXCEPCIONES PREVIAS

La entidad propuso la excepción de PRESCRIPCIÓN dentro del expediente **2018-00268**, la cual será decidida con la sentencia que ponga fin a esta instancia, por estar ligada a la prosperidad de las pretensiones.

Por otro lado, en virtud de la facultad oficiosa otorgada por el numeral 6° del artículo 180 del CPACA, procede el Despacho a analizar la posible configuración de la excepción de INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES dentro del proceso **2018-00046**, teniendo en cuenta lo siguiente:

En el numeral 3 de las pretensiones de la demanda, se solicita textualmente:

“Que se conde a La Nación – Ministerio de Defensa – Grupo Prestaciones Sociales a que se reconozca el reajuste en el mismo sentido de la pensión de invalidez y las prestaciones sociales (primas), debidamente actualizados conforme al cambio en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), desde el momento de causación hasta cuando quede en firme la orden de pago, por la disminución de las prestaciones sociales, de acuerdo a la liquidación que le sea más favorable.”

Acorde con lo anterior, encuentra el Despacho que dicha pretensión es sustancialmente distinta a la principal en virtud de la cual se demanda (inclusión del Subsidio Familiar como partida computable para la pensión de invalidez), razón por la cual, para poner a consideración del fallador esta solicitud adicional, debió agotarse previamente la sede administrativa ante la entidad, pues el acto demandado nada decidió frente a ella, por lo cual la entidad no ha tenido la oportunidad de discutir esta situación previo a acudir a la jurisdicción, situación que configura una inepta demanda por no haber generado la decisión previa de la administración.

En relación con este requisito previo para demandar, la Sección Segunda Subsección "B", Consejero Ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en providencia del tres (3) de febrero de dos mil once (2011), radicación número: 54001-23-31-000-2005-00689-02(0880-10), ha indicado que:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación¹.”

Y en pronunciamiento posterior, al abordar el mismo tema, realizó la distinción entre la falta de agotamiento de la vía gubernativa (hoy denominada sede administrativa), y la falta de decisión previa, en los siguientes términos:

*“Es preciso aclarar que una cosa es la **falta de decisión previa** y otra muy distinta la **falta de agotamiento de la vía gubernativa**, pues mientras en la primera no existe **decisión previa** (expresa o presunta) de la administración que se pueda juzgar por falta de petición del interesado cuando haya lugar, la segunda opera cuando **no se hayan interpuesto los recursos obligatorios en la vía gubernativa.**”²*

¹ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 1991. C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatría.

² Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, providencia del 7 de noviembre de 2013, Radicado Interno (0643-13).

En ese orden de ideas, se presenta una falta de decisión previa únicamente respecto de la pretensión aludida, que imposibilita su análisis, razón por la cual, se declara PROBADA la excepción de INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES de manera parcial, por lo cual el Despacho se abstendrá de decidir sobre la pretensión número 3 de la demanda. **Se notifica en estrados.**

Solo el apoderado de la parte actora dentro del proceso 2018-00046 interpone recurso de apelación, el cual pasa a exponer.

Acto seguido, se le corre traslado al apoderado de la entidad demandada dentro de ese proceso, el cual solicita se declare desierto el recurso, toda vez que los argumentos expuestos por el apoderado de la parte actora para sustentarlo no tienen nada que ver con la decisión recurrida.

El Despacho indica que, en efecto como lo indica el apoderado de la entidad, los argumentos expuestos por la parte actora no tienen que ver con la decisión materia de inconformidad, razón por la cual se le concede nuevamente el uso de la palabra para que manifieste lo que a bien tenga:

Parte actora: Indica que no interpondrá recurso.

Acto seguido, se prosigue con el trámite de la audiencia.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 180-7 del CPACA, y revisada las demandas y sus respectivas contestaciones, procede el Despacho a la fijación del litigio.

4.1. Expediente 2018-00046-00

4.1.1. Hechos probados:

- El señor CIRO ANTONIO MALDONADO, fue dado de baja del Ejército Nacional como Soldado Profesional, por disminución de la capacidad laboral, razón por la cual le fue reconocida pensión de invalidez a través de

la Resolución No. 3230 del 21 de agosto de 2013, efectiva a partir del 30 de junio de 2013, incluyendo el Salario Mensual y la Prima de Antigüedad (fol. 11-12).

- Mientras se encontraba en actividad, devengaba la partida de Subsidio Familiar, en cuantía del 62,5% del sueldo básico (fol. 13-14).
- Mediante derecho de petición radicado el 16 de agosto de 2017, el demandante solicitó ante el Ministerio de Defensa – Secretaría General, la reliquidación de su pensión de invalidez incluyendo la partida Subsidio Familiar (fol. 8-9).
- La entidad negó esta petición mediante el Oficio No. OFI17-69256 MDN-DSGDA-GPS del 18 de agosto de 2017 (fol.10).

4.1.2. Pretensiones en litigio

Se declare la nulidad del acto administrativo relacionado anteriormente, que negó la petición tendiente a reliquidar la pensión de invalidez del demandante, y a título de restablecimiento, ordenar el reajuste de dicha prestación incluyendo el subsidio familiar, igualmente condenar en costas y agencias en derecho a la entidad.

4.2. Expediente 2018-00268-00

4.2.1. Hechos probados:

- El señor SILVINO ARAGÓN FLOREZ, se vinculó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Regular el día 18 de marzo de 1998 hasta el 25 de septiembre de 1999; posteriormente ejerció como Soldado Voluntario desde el 26 de septiembre de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003, fecha en la cual cambió su vinculación para ser Soldado Profesional, calidad que ostenta hasta la expedición del certificado de tiempos de servicios (fol. 20).
- Mediante derecho de petición radicado el 2 de abril de 2018, el demandante solicitó ante el Ejército Nacional el pago del 20% adicional sobre su asignación básica mensual desde el 1° de noviembre de 2003, así

como aplicando dicho incremento a todos los emolumentos que dependen de dicho rubro (fol. 14-15 y 71).

- La anterior petición fue despachada desfavorablemente mediante el Oficio No. 20183170608641: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 5 de abril de 2018 (fol. 17 y 74).

4.2.2. Pretensiones en litigio

- Se declare la nulidad del acto administrativo que negó la petición del demandante, tendiente a lograr el reajuste de su asignación básica mensual y aplicación de dicho incremento a todos los emolumentos salariales derivados de la misma.
- A título de restablecimiento del derecho, ordenar la retribución o reajuste al demandante, del 20% sobre su asignación básica, y aplicando dicha diferencia en las demás partidas salariales y prestacionales, incluyendo la reliquidación del auxilio de cesantía por todos los años reclamados, las cuales dejó de percibir desde el mes de noviembre de 2003, así como su correspondiente indexación, pago de intereses moratorios y condenar en costas a la entidad.

4.5. Problema Jurídico

En relación con el proceso **2018-00046** el problema jurídico se contrae a determinar si el señor CIRO ANTONIO MALDONADO tiene derecho a que su pensión de invalidez sea reajustada con inclusión de la partida Subsidio Familiar, a pesar de que ostentaba la calidad de Soldado Profesional; respecto del expediente **2018-00268** el problema jurídico se circunscribe a establecer si el señor SILVINO ARAGÓN FLOREZ en su calidad de Soldado Profesional tiene derecho a que la asignación básica devengada en actividad sea fijada en un salario mínimo incrementado en un 60%, y concomitante con ello, reajustar todas las prestaciones derivadas de dicha partida, incluyendo el auxilio de cesantía desde el mes de noviembre de 2003 hasta su retiro. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

5. POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN

Se le pregunta a las partes si existe ánimo conciliatorio, concediéndole la palabra inicialmente a los apoderados de la entidad, quienes indican que es política institucional del Ministerio de Defensa no conciliar en este tipo de asuntos. Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho declara fallida la conciliación.

6. MEDIDAS CAUTELARES

Como quiera que no fueron solicitadas medidas cautelares se continúa con el trámite.

7. DECRETO DE PRUEBAS

Teniendo en cuenta el problema jurídico planteado, la fijación del litigio, y el análisis de las pruebas aportadas por las partes, conforme lo dispone el artículo 180-10 del CPACA, se procede a decretar las siguientes pruebas:

7.1. Parte demandante

7.1.1. Documentales: Conforme lo dispone el artículo 180 numeral 10 del C.P.A.C.A., se procede a decretar e incorporar al expediente las documentales aportadas con las demandas obrantes a folios 8 a 16 del expediente **2018-00046** documentos que se constituyen en la petición elevada, el acto demandado, acto de reconocimiento de pensión de invalidez, comprobantes de nómina de salarios y de mesadas pensionales; Por otro lado, del expediente **2018-00268** se tienen como prueba documental los folios 14 a 24, que hacen alusión a la petición elevada, el acto acusado, certificado de tiempos de servicio, certificados de nómina y acto de incorporación de Soldado Voluntario a Profesional. A estos documentos se les dará el valor probatorio que les corresponda en el momento procesal oportuno.

7.2. Parte demandada

7.2.1. Documentales: Dentro del proceso **2018-00268** la entidad allegó el expediente administrativo (fol.70-74). **El auto de pruebas, se notifica en estrados. Sin recursos.**

8. AUDIENCIA DE PRUEBAS

En razón a lo señalado en el inciso final del artículo 180 del CPACA, el Despacho prescindirá de la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 ibídem, al considerar que en estos asuntos no es necesario el decreto y practica de más pruebas que las que ya obran en el expediente, con ellas se puede decidir sobre el derecho que reclaman los demandantes. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra a cada una de las partes, comenzando por los apoderados de la parte actora, y finalizan los de la entidad demandada, de los cuales queda registró en el video. Escuchados los alegatos de las partes, procede el Despacho a dictar sentencia oral que en derecho corresponde, en los siguientes términos:

10. SENTENCIA.

En consecuencia para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos según lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA: i) análisis jurídico y ii) caso concreto.

I. ANÁLISIS JURÍDICO

1. INCLUSIÓN DE LA PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR, COMO COMPUTABLE PARA LAS ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES DE INVALIDEZ.

El artículo 11 del Decreto No. 1794 de 2000, derogado por el artículo 16 del Decreto 3770 de 2009, estableció a favor de los Soldados Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, el derecho a recibir el subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, determinándose que sólo quienes venían percibiendo el subsidio familiar antes del 30 de septiembre de 2009, fecha de entrada en vigencia el mencionado decreto, lo continuarían devengándolo hasta su retiro del servicio activo.

Ahora bien, en relación con las partidas computables para la asignación de retiro o pensión de invalidez, el artículo 5º del Decreto 4433 de 2004, dispuso como factor computable el subsidio familiar para los Oficiales y Suboficiales de las FF.MM., sin embargo, el artículo 13 del citado decreto no lo incluyó en la liquidación de dicha prestación para los Soldados Profesionales, por cuanto

determinó como partidas computables **únicamente el salario mensual y la prima de antigüedad**, expresando el párrafo del citado artículo que las partidas específicamente allí señaladas serían las únicas computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Sin embargo, se tiene que la Ley 923 de 2004, en su artículo 2 estableció para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública entre otros principios, el de igualdad y equidad, y en su artículo 3 numeral 3.3 dispuso que las partidas para liquidar la asignación de retiro serían las mismas sobre las cuales se hicieron los correspondientes aportes.

Asimismo, en un caso similar al que ahora se examina el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, en una sentencia de tutela de Octubre 17 de 2013, Rad: AC-11001-03-15-000-2013-01821-00, MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, aplicó el test de proporcionalidad a la norma que excluye como partida computable de los Soldados Profesionales el subsidio familiar concluyendo que *“a la luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.”*

Postura que sigue teniendo acogida, como se ve de una sentencia más reciente, esto es, la proferida el 27 de octubre de 2016, Sección 2ª, Subsección A, radicado No 25000-23-42-000-2013-00143-01 (3663-14), C.P. **GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**, quien reitera el criterio, que a los Soldados Profesionales en virtud del principio de igualdad les asiste igual derecho de reconocérseles en la asignación de retiro o pensión de invalidez el subsidio familiar, aunque ello signifique la inaplicación del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Siguiendo el criterio fijado por el Alto Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, pese a que el **GOBIERNO NACIONAL** solo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro o pensión de invalidez de los Oficiales y Suboficiales de las **FUERZAS MILITARES**, excluyendo de tal beneficio a los Soldados Profesionales, en observancia al derecho de igualdad, es acertado inaplicar por inconstitucional el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de

2004, pues resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, siendo el sector más vulnerable, puesto que son los que más bajos ingresos tienen dentro de la Institución Militar.

Finalmente, es menester comentar que en el año 2014, el **GOBIERNO NACIONAL** expidió los Decretos 1161 y 1162 del 24 de junio de 2014. Con el primero se creó nuevamente el subsidio familiar a favor de aquellos Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las **FUERZAS MILITARES** que no consolidaron el derecho en vigencia del Decreto 3770 de 2009. En su artículo 5º dispuso que a partir de julio de 2014, el subsidio familiar se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e infantes de marina profesionales de dichas Fuerzas, equivalente al 70% del valor que devengue en actividad. Textualmente prescribe el artículo en cita:

“Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

Con el Decreto 1162, el Ejecutivo consagró en un único artículo, que para el personal de los Soldados Profesionales que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá como partida computable para la liquidar la asignación de retiro, en el equivalente a un 30% de dicho valor. El tenor literal de la norma es el siguiente:

*“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados **Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor**; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.” (Se resalta).*

Considera el Despacho que dicha norma igualmente resulta discriminatoria por cuanto en la asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales, el

artículo 5° del Decreto 4433 de 2004, dispone la inclusión de la partida de subsidio familiar en el **mismo monto devengado en actividad**.

Bajo estas consideraciones, y en virtud de la primacía de la Constitución (*Art. 4 C.P.*), considera este Juzgador que en el caso concreto, deben inaplicarse por inconstitucionales, tanto el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, como el Decreto 1162 de 2014, por ser violatorios del principio de igualdad en cuanto impide tener el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, en la misma cuantía devengada en actividad, al cual sí tienen derecho los demás miembros de las fuerzas militares.

Para el Despacho el trato diferenciado que excluye o limita el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, infringe el derecho a la igualdad y a la seguridad social, en la medida que no existe una justificación razonable para hacer tal distinción entre estos funcionarios y los Oficiales y Suboficiales, máxime cuando la finalidad del subsidio es socorrer al trabajador en consideración a sus ingresos, resultando desproporcionado que la partida sea tenida en cuenta sin variación alguna en el caso de quienes se encuentran en un rango salarial más alto, y no suceda lo mismo con los Soldados Profesionales quienes perciben un menor salario.

Esta diferencia no resulta constitucionalmente admisible entre servidores públicos que, por pertenecer todos a la Fuerza Pública merecen un mismo trato prestacional, en aplicación del principio de igualdad de trato que impone el artículo 13 superior.

2. ANÁLISIS JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE EL SUELDO BÁSICO DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE PASARON A SER PROFESIONALES EN VIRTUD DE LOS DECRETOS 1793 Y 1794 DE 2000.

Con la Ley 131 de 1985, las Fuerzas Militares contemplaron la posibilidad para los soldados regulares de seguir con la carrera militar, convirtiéndolos a su consideración en soldados voluntarios, dicha normatividad en su artículo 4 estableció especialmente que estos soldados devengarían una bonificación mensual que sería igual al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% del mismo salario.

Así mismo, con la expedición del Decreto 1793 de 2000, se les dio la alternativa a los soldados voluntarios de incorporarse como soldados profesionales, bajo la prerrogativa de que a estos les sería aplicable íntegramente lo dispuesto en ese decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran para el momento de la incorporación.

No obstante, dicho Decreto en el artículo 38 facultó al Gobierno para que expidiera el régimen salarial y prestacional, con base en lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos, siendo entonces expedido para tales efectos el Decreto 1794 de 2000 que específicamente en su artículo 1 inciso segundo prevé:

"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%)." (Subrayado fuera de texto)

El **H. CONSEJO DE ESTADO**, en sentencia de unificación de la Sección 2ª, proferida el 25 de agosto de 2016, radicado No 850001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE- SUJ2-003-16, C.P. **SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**³, después de hacer un recuento normativo sobre el régimen prestacional y salarial de los Soldados Profesionales que se vincularon a partir del 1º de enero de 2001 y los que estaban vinculados como Soldados Voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 y que pasaron a denominarse Soldados Profesionales con la expedición del Decreto 1793 de 2000, dictaminó que fue el mismo Decreto 1794 de 2000, reglamentario del primero, que dispuso conservar para estos últimos, en respeto de los derechos adquiridos, el monto del salario que estaban percibiendo cuando eran Soldados Voluntarios en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, sin que importe el hecho que con la nueva normatividad entraran a percibir beneficios adicionales, en otras palabras, se

³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Cartagena, D. T. y C., 25 de agosto de 2016 - No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01 - No. Interno: 3420-2015 - Actor: Benicio Antonio Cruz - Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional - Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 - Tema: Con fundamento en el inciso 2º, del artículo 1º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tiene derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%

estableció una especie de régimen de transición en materia salarial.

Textualmente dijo:

"(...)

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 2000,⁴ 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 1985,⁵ cuyo artículo 4° 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 4° de la Ley 131 de 1985,⁶ 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 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁷ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992⁸ y el Decreto Ley 1793 de 2000,⁹ 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 1793¹⁰ y 1794¹¹ 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 1985.¹²

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2° del artículo 1° del

⁴ Ib.

⁵ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁶ Ib.

⁷ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁸ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para 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 se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁰ Ib.

¹¹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹³ 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 1985,¹⁴ esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo 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 1985,¹⁵ sólo percibían 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 2000¹⁶ 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%.
(...)

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁷ es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹⁸ y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.

Definido lo anterior, se precisa también la situación salarial de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez luego de la creación de dicho régimen con el Decreto Ley 1793 de 2000,¹⁹ a quienes el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,²⁰ les determinó que devengarían un salario mensual equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%. (Se resalta).

En este orden de ideas, los Soldados Profesionales que antes del 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como Soldados Voluntarios, tienen derecho en los términos del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Ley 1794 de 2000, a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%, conclusión que se deriva de la literalidad de la norma en mención y de la aplicación del principio de respeto a los derechos adquiridos.

II. CASO CONCRETO

En el caso del señor CIRO ANTONIO MALDONADO, tal como se indicó en la etapa de fijación del litigio, se encuentra demostrado que devengaba el Subsidio

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

¹⁴ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹⁵ Ib.

¹⁶ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁷ Ib.

¹⁸ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹⁹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

²⁰ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

Familiar mientras se encontraba activo, en una cuantía equivalente al 62,5% del Sueldo Básico.

Sin embargo, en su pensión de invalidez no le fue tomada en cuenta esta partida para liquidar dicha prestación, por lo cual, mediante escrito radicado ante la entidad demandada, solicitó su inclusión en el mismo porcentaje devengado en actividad, pero la entidad resolvió negativamente la petición, aduciendo que dicha partida no se encuentra contemplada en las normas que regulan la materia.

Establecido lo anterior y en concordancia con el marco jurídico de estas consideraciones, es claro que la motivación del acto acusado resulta contraria a derecho, habida cuenta de lo inconstitucional que resulta aplicar en la liquidación de la pensión de invalidez del demandante el párrafo del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto comporta un trato desigual injustificado frente a los Soldados Profesionales.

Por lo anterior, habrá de declararse la nulidad del acto acusado.

Como consecuencia de esa nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada el reconocimiento del Subsidio Familiar como partida computable en la liquidación de la pensión de invalidez reconocida al demandante, de la misma forma como es tomada en cuenta en la liquidación de la pensión de invalidez de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, sin perjuicio del descuento que por aportes sobre la mentada partida prevé el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

Y respecto del caso del señor SILVINO ARAGÓN FLOREZ, se observa que ostentaba la condición de Soldado Voluntario para el 31 de diciembre de 2000 y que pasó a ser Soldado Profesional el 1 de noviembre de 2003, pues así fue acreditado con el certificado de tiempo de servicio allegado (folio 20), lo cual le da derecho a que su Sueldo Básico corresponda a la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, no obstante, la entidad ha venido pagando dicho rubro en un monto equivalente a un salario mínimo incrementado en un 40% como se desprende de lo manifestado en los actos administrativos que negaron la petición, desconociéndose lo señalado en el artículo 1 inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, razón por la cual se ordenará la retribución del porcentaje adicional faltante, aplicado igualmente a todos los

emolumentos laborales derivados de dicha prestación.

Corolario de lo anterior, se accederá a las pretensiones de las demandas.

III. PRESCRIPCIÓN

En virtud de que la entidad propuso esta excepción dentro del expediente **2018-00268**, pasa el Despacho a analizarla, igualmente de oficio dentro del proceso **2018-00046**, de acuerdo con la facultad oficiosa otorgada por el artículo 187 del CPACA, en los siguientes términos:

Se tiene que el derecho a percibir la pensión de invalidez se causó respecto del señor CIRO ANTONIO MALDONADO a partir del **30 de junio de 2013**, y la solicitud de reliquidación fue radicada el **16 de agosto de 2017**, razón por la cual, se encuentran prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al **16 de agosto de 2013** en virtud de la prescripción cuatrienal de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, norma que se aplica en este caso, acogiendo la tesis del Consejo de Estado fijada mediante sentencia de fecha 4 de septiembre de 2008, emitida por la Sección Segunda – Subsección A, dentro del radicado interno 0628-08, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, según la cual, debe seguir dándose aplicación, en materia pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, a los Decretos que consagran la prescripción cuatrienal, toda vez que el Presidente, al reglamentar dicha materia en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2011, excedió su facultad, pues la Ley 923 de 2004 en cuanto a prescripción guardó silencio.²¹

En lo que respecta al caso del señor SILVINO ARAGÓN FLÓREZ, como se indicó en la etapa de fijación del litigio, la petición de reconocimiento del derecho aquí reclamado fue elevada el día **2 de abril de 2018**, y en consecuencia, se encuentran prescritas las diferencias salariales y prestacionales generadas con anterioridad al **2 de abril de 2014**, en aplicación de la prescripción cuatrienal, conforme a los lineamientos jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes señalada.

IV. CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA

²¹ Esta tesis ha sido aplicada igualmente por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante providencia de fecha 22 de febrero de 2018, emitida dentro del radicado 11001333502620150030201, con ponencia del Doctor Héctor Enrique Rey Moreno.

Se ordenará el pago de las diferencias que resulten entre lo que se ha venido pagando y lo que aquí se ordena reconocer. Las sumas resultantes deberán ser actualizadas de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

V. Sobre Costas

Teniendo en cuenta la postura esbozada por la Sección Segunda del Consejo de Estado respecto al tema de la condena en costas²², según la cual, se deben valorar aspectos objetivos relacionados con su causación, tal como lo establece el Código General del Proceso; pues consideró el alto tribunal que una de las variaciones que introdujo el CPACA fue cambiar del criterio subjetivo que predicaba el CCA, al objetivo, y en ese entendido, en toda sentencia se debe disponer sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

Considerando que en los presentes casos se decidieron asuntos de carácter laboral, cuya controversia fue de puro derecho, los cuales no causaron expensas que justifiquen la imposición de costas, el Despacho se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Inaplicar por inconstitucionales en el caso del señor CIRO ANTONIO MALDONADO, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y el artículo 1 Decreto 1162 de 2014, en cuanto al trato discriminatorio señalado.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Radicado 1300123330000130002201 (12912014), Sentencia del 7 de abril de 2016.
Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicado 54001-23-33-000-2012-00180-01(1706-15), Sentencia del 19 de enero de 2017.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el Oficio No. OFI17-69256 MDN-DSGDA-GPS del 18 de agosto de 2017, suscrito por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, mediante el cual se negó al demandante su solicitud de reliquidación de pensión de invalidez.

TERCERO: CONDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar y pagar la pensión de invalidez del señor CIRO ANTONIO MALDONADO, desde el momento en que fue reconocida, incluyendo la partida Subsidio Familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad, conforme al artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004.

CUARTO: Condenar al **MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL**, a reconocer y pagar a favor del señor CIRO ANTONINO MALDONADO, los dineros correspondientes a la diferencia entre lo que se ha venido cancelando y lo aquí ordenado, debidamente indexados, desde la fecha en que se reconocieron efectivamente su asignación de retiro, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

QUINTO: Declarar **PROBADA DE OFICIO** la excepción de prescripción en el caso del señor CIRO ANTONIO MALDONADO, y en consecuencia se encuentran prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al **16 de agosto de 2013**.

SEXTO: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20183170608641:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 5 de abril de 2018 expedido por el Oficial Sección de Nómina del Ejército Nacional, mediante el cual se negó la petición de reajuste salarial elevada por el señor SILVINO ARAGÓN FLÓREZ.

SÉPTIMO: Ordenar al **MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – SECCIÓN DE NÓMINA**, reliquidar y pagar el Sueldo Básico devengado por el Soldado Profesional SILVINO ARAGÓN FLÓREZ, fijándolo en un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, al igual que todos los emolumentos laborales derivados de dicho rubro, incluyendo el auxilio de cesantía, a partir del mes de noviembre de 2003 y hacia el futuro.

OCTAVO: Condenar al **MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – SECCIÓN DE NÓMINA**, a reconocer y pagar a favor del señor SILVINO ARAGÓN FLÓREZ, los dineros correspondientes a la diferencia entre lo que se ha venido cancelando y lo aquí ordenado, debidamente indexados, desde el 1° de noviembre de 2003, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

NOVENO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción propuesta por el Ejército Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. En consecuencia se declaran prescritas las diferencias de los dineros aquí ordenados, generadas con anterioridad al **2 de abril de 2014**.

DÉCIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda en los dos expedientes materia de la presente sentencia.

UNDÉCIMO: Sin condena en costas en los dos expedientes objeto de decisión.

DÉCIMO SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría y a costa de la parte interesada, expídanse copias que sean solicitadas, y devuélvase el remanente de la suma que se ordenó consignar por concepto de gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, dejando constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

La presente sentencia se notifica en estrados, conforme a lo preceptuado en el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011. Seguidamente, se le concede el uso de la palabra las partes e intervinientes para que se pronuncien al respecto, quienes manifestaron:

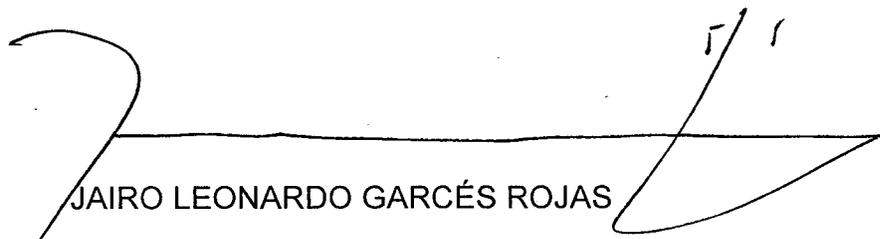
PARTE ACTORA (2018-046): conforme.

PARTE ACTORA (2018-268): Se reserva el derecho de apelar.

PARTE DEMANDADA (2018-046): Se reserva el derecho a apelar.

PARTE DEMANDADA (2018-268): No interpone recurso y renuncia a términos.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las 03:04 p.m. Se deja constancia de que el CD hace parte integral del acta, la cual se firma una vez leída y aprobada por quienes en ella intervienen.

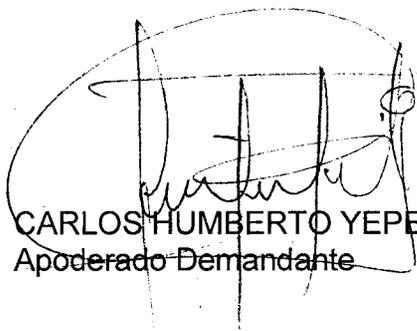


JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS

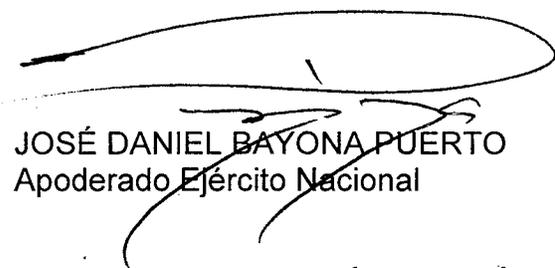
Juez



CARLOS ANDRÉS BORRERO ALMARIO
Apoderado Demandante



CARLOS HUMBERTO YEPES GALEANO
Apoderado Demandante



JOSÉ DANIEL BAYONA PUERTO
Apoderado Ejército Nacional



GUSTAVO RUSSI SUÁREZ
Apoderado Ejército Nacional