REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de abril dos mil dieciséis (2016).

MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
RADICACIÓN	**13- 001-33-33-008-2015-00188**
DEMANDANTE	**BERNEL PEREZ ARRIETA**
DEMANDADO	**NACION – MINDEFENSA- ARMADA NACIONAL**

PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por BERNEL PEREZ ARRIETA, quién por intermedio de apoderado judicial presentó demanda contra NACION- MINISTERIO DE LA DEFENSA - ARMADA NACIONAL, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora, a través de apoderado judicial, presentó medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo expreso contenido en el Oficio No. 19774/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, proferido por el Jefe de la División de Nómina de la Armada Nacional, mediante el cual niega el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste salarial del 20% sobre la asignación básica mensual del demandante desde el 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha en que se retiró del servicio.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL, a lo siguiente:

1. Al reconocimiento, liquidación y pago del reajuste salarial del 20% sobre la asignación básica mensual del demandante desde el 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha en que proceda el pago o se verifique el retiro del servicio.
2. Al reconocimiento, liquidación y pago de las diferencias generadas sobre la prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, subsidio familiar y demás prestaciones sociales y emolumentos devengados cuya base de liquidación sea la asignación

básica, por la no inclusión del 20% del salario que se ha dejado de pagar al demandante.

3. Al reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios, a título de sanción moratoria de conformidad con certificación que expida la Superintendencia Bancaria sobre cada uno de los montos salariales dejados de pagar desde la fecha que se hizo exigible su pago y hasta que el mismo se efectúe.
4. Al reconocimiento, liquidación y pago de la respectiva indexación sobre las sumas que se reconozcan y ordenen pagar de conformidad con el IPC que certifique el DANE, desde la fecha que se hizo exigible su pago y hasta que el mismo se efectúe.

HECHOS

1. El demandante ingresó al servicio de las Fuerzas Militares antes del año 2000 a prestar sus servicios en calidad de SOLDADO VOLUNTARIO de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, prestando sus servicios como soldado del Batallón de Fusileros Infantería de Marina de Cartagena – Bolívar.

2. Continuó vinculado bajo esta norma hasta el mes de septiembre del año 2003, fecha en la que por disposición de sus superiores en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, a partir del 1° de noviembre del año 2003 se ordenó la incorporación del poderdante y de los demás infantes de marina voluntarios bajo la nueva denominación de "Infante de Marina Profesional" en virtud de la Orden Administrativa de Personal OAP NR 262 de agosto -14/2003.

3. Teniendo en cuenta lo anterior el 25 de septiembre de 2014 por medio de apoderado se presentó derecho de petición tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta el 20% la cual fue negada en sede administrativa.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACION

C.N Art. 13, 42, 217 y 218; Art. 79, 158 y 161 del Decreto Ley 1211 de 1990; Art.2 de la ley 923 de 2004; artículos 2, 3,13, 1.7 y 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, Artículos 2 y 11 del Decreto 1794 de 2000.

En apoyo de preceptos Constitucionales, legales y reglamentarios, con base en las causales de impugnación de los actos administrativos consagradas en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, se procede a plasmar la argumentación, orientada con el fin de obtener la Nulidad del oficio en donde se toma la decisión de la negativa de la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del demandante.

INFRACCION A LAS NORMAS QUE DEBERIAN FUNDARSE.

Como es de observar, al momento de la expedición de la resolución de la asignación d retiro del demandante, en el acto administrativo no fue incluida la partida computable del subsidio familiar como si se les efectúa a los demás funcionarios de la fuerza pública, vulnerando con ello además el derecho a la igualdad, y al momento de la petición a la entidad accionada esta manifiesta que en el Decreto 4433 de 2004 "no se tiene contemplada como partida computable el subsidio familiar".

En el Decreto 1794 de 2000, los Soldados profesionales, al momento de liquidar las partidas en la asignación de retiro NO se tienen en cuenta para su liquidación el subsidio familiar.

En el Decreto 1211 de 1990 de los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares, al momento de liquidar las partidas computables en la asignación de retiro Si se les tiene en cuenta para su liquidación el subsidio familiar.

Al respecto existe pronunciamiento sobre el subsidio familiar de los Soldados profesionales en la asignación de retiro:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" abril 12 de 2012 - M.P. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA - EXPEDIENTE: 11001-33- 31-007-2011-00080-01 - ACTOR: JOSE ALEXANDER FONSECA BAUTISTA - DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, y concordante con el EXPEDIENTE: 2007- 00286 M.P. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO: "Sin justificación alguna el Gobierno Nacional estableció un trato discriminatorio entre el personal de oficiales y suboficiales de las de las Fuerzas Militares, y los soldados profesionales, pues a los primeros se les tuvo en cuenta el subsidio familiar como partida computable, entretanto a los segundos no, aun cuando son aquellos que menos devengan dentro de la escala salarial de las Fuerzas Militares" ha sido enfática en enmarcar la vulneración que tiene el soldado profesional al no incluirse el subsidio familiar en la asignación de retiro, toda vez en las prestaciones regladas en el Decreto 1794 de 2000, no contempla mencionada prestación en su favor, lo cual vulnera el derecho a la igualdad, respecto de los demás miembros de las Fuerzas Militares.

MARCO NORMATIVO DEL SUBISIDO FAMILIAR - Ley 21 de 1982 Art.1. "El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos en proporción al número de personas a su cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Al demandante se le quebranto el derecho a la igualdad, por parte del accionado con la negativa de la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro por parte del accionado, por darse un trato discriminatorio a su familia, frente a las

familias de los demás oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y a quienes si se les ha reconocido el subsidio familiar al momento de gozar de pensión o asignación de retiro. Al negarse la inclusión del subsidio familiar se le vulnera además el artículo 42 de la C.N., que consagra la familia como el núcleo fundamental de la sociedad. El Decreto 4433 de 2004 al fijar el régimen pensional y de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en su artículo 13 incluye el subsidio familiar dentro de las partidas computables para efectos de liquidar tales prestaciones, pero restringe su aplicación solamente a los oficiales y suboficiales excluyendo a los soldados profesionales.

Norma anterior, que evidencia un trato discriminatorio, como quiera que sin mediar una justificación objetiva y razonable excluye a los soldados profesionales de la inclusión del subsidio familiar de la base de liquidación en la asignación de retiro.
Al expedir el Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional violo EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, pues estableció u trato diferenciado ente los miembros de las Fuerzas Militares sin justificación alguna. Por lo cual el decreto excedió uno de los límites que estableció la ley que dio origen a su existencia, por ello y según dispuesto en el artículo 5 de la Ley 923 de 2004, dicha normativa al contravenir las disposiciones en ella contenidas carece de efecto.

En conclusión: El demandante tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, por cuanto se le vulnero su derecho a la igualdad respecto de los demás miembros de las fuerzas militares que si les tiene en cuenta la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro (Pensión).

II. CONTESTACION

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, contesto la demanda en los siguientes términos:

INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA INCLUSION DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE

Es preciso señalar que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancial mente lo establecido sobre el particular contenido en los decretos 1793 y 1794 de 2000.

Es así que el citado Decreto 4433 de 2004, dispone:

> "ARTICULO 16.- ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales, que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del

salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes." (s.t.t.)

Dicha norma se constituye entonces en una disposición de carácter especial que prima sobra las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias. (Artículo 45 del decreto 4433 de 2004) Por consiguiente, al revisar la norma antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

- Acreditación de un tiempo de servicio de 20 años.
- Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%.
- Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.

Al respecto, nótese como la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de subsidio familiar.

Aunado a lo anterior, es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispone cuales son las partidas que deben ser liquidadas en cada caso, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro así:

"ARTICULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobre vivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13. 1. Oficiales y Suboficiales: (. . .)
13.2. Soldados Profesionales:
13.2.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 del Decreto Ley 1794 de 2000.
13.2.2. Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.
PARÁGRAFO.- En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones V sustituciones pensionales" (n.f.t., s.f.t)

De la norma anteriormente transcrita, se colige que la entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de asignación de

retiro, para los Soldados Profesionales, razón suficiente para NO DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD de los actos demandados.

Sobre el tema de las partidas computables, se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, negando las súplicas de la demanda, por ejemplo en fallo de fecha 22 de enero de 2004, siendo Magistrada Ponente la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, al señalar:

> "... dirá la Sala que tal factor no está contemplado para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, por no estar en listado dentro de las partidas señaladas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990. Es más, la misma norma de manera categórica en su Parágrafo, establece lo siguiente: Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales".

III. ALEGATOS DE CONCLUSION

DEMANDANTE: emitidos en audiencia ratifica las pretensiones de la demanda.

DEMANDADO: pronunciados en audiencia argumenta que no hay lugar para acceder a lo pedido como quiera que sus prestaciones sociales se cumplen.

MINISTERIO PÚBLICO. No presentó concepto.

IV. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 12 de marzo del año 2015, ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena. Admitida por este despacho mediante auto fechado 05 de mayo del año 2015.

Mediante auto de fecha 25 noviembre de 2015 se citó a las partes a audiencia inicial, para el día 22 de febrero del 2016, conforme con el artículo 180 del CPACA, se cierra el periodo probatorio y se le concedió a las partes 10 días para presentar alegatos por escrito, y se indicó que se dictaría sentencia 20 días después de vencido el término para alegar.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales desarrolladas por este Despacho no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión y como las excepciones alegadas competen al asunto de fondo, se procede a resolver de fondo.

PROBLEMA JURIDICO: ¿Tiene el demandante derecho al reconocimiento, liquidación y pago del reajuste salarial del 20% sobre la asignación básica mensual que recibe como soldado profesional y/o Infante de Marina Profesional, de conformidad con el artículo 1 del decreto 1794 de 2000?

TESIS DEL DESPACHO

Con la expedición de la Ley 131 de 1985 el legislador estableció la posibilidad de que quienes prestaran el servicio militar obligatorio continuaran vinculados a las Fuerzas Militares en forma voluntaria devengando una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, incrementado en un 60% sobre el mismo salario. No obstante lo anterior, el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 fijó el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y, a su turno, el Régimen Salarial y Prestacional de los referidos Soldados precisando que, en relación con los Soldados Profesionales era necesario diferencias de quienes se vinculaban al servicio, por primera vez, a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000 y de los que, en su condición de Soldados Voluntarios, fueron incorporados en calidad de Soldados Profesionales.

Sin embargo, precisó que unos se vinculaban por primera vez al servicio de las Fuerzas Militares, esto es, a partir del 31 diciembre de 2005 y otros, ya venían vinculados, en condición de Soldados Voluntarios, atribuyéndole efectos distintos en materia salarial a unos y otros.

En relación con el primer grupo, a saber, quienes se vinculaban a partir del 31 de diciembre de 2000, dispuso la norma que, tendrían 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 este punto, se considera que con la aplicación de las disposiciones previstas en el Decreto 1794 de 2000, en lo que toca con el incremento del 60% de los soldados Profesionales incorporados, no ha sido pacífica en sede administrativa toda vez que, como ocurre en el caso concreto, las Fuerzas Militares han argumentado que los referidos Soldados no tienen derecho al percibir el incremento en un porcentaje igual al 60% dado, que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas militares gozan de una serie de prestaciones que con anterioridad no les eran reconocidas lo que en la práctica compensa la reducción al 40% del citado incremento.

Al respecto el H. consejo de Estado rechazo enérgicamente dicha interpretación toda vez que ella en la práctica implicaba prohijar la renuncia tácita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como

contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Sin embargo, para el caso concreto este juzgador no podrá ordenar el reajuste solicitado como pretensión, porque no obra en el expediente, prueba alguna que permita obtener en el grado de certeza; si el actor se le liquido su salario con base a un aumento del 40% o 60% del smlv ya que no se allego certificado de las prestaciones sociales devengado por el demandante antes y después de entrar en vigencia del Decreto 1793 del 2000 o en su defecto; copias de las respectivas nóminas que le suministren al despacho un punto de comparación.

Así pues, al no tener elementos de juicios concretos sobre que definir el derecho, se deberá denegar lo pedido en el presente medio de control como quiera que no se demostró el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que perseguía.

A las anteriores consideraciones se llega si se tiene en cuenta los siguientes:

ANTECEDENTES NORMATIVOS y JURISPRUDENCIA APLICABLE

LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

El Legislador, a través de la expedición de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Es así como en el artículo 2º de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

> *"Artículo 2°. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad,* ***igualdad****, equidad, responsabilidad financiera,* ***intangibilidad*** *y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:*
>
> *2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.*
>
> *2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.*
>
> *2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.*

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. ***No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.***

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal". (Resalta el despacho)

Advierte el Despacho que el legislador a través del artículo 1 de la Ley 131 de 1985 estableció la posibilidad de que quienes hayan prestado sus servicio militar obligatorio manifiesten su deseo de seguir vinculados a las Fuerzas Militares, bajo la modalidad del servicio militar voluntario.

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

Para mayor ilustración esta Casa Judicial transcribe las disposiciones de la Ley 131 de 1985:

"ARTÍCULO 1o. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.

ARTÍCULO 2o. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

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

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

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

Con posterioridad, el legislador a través de la Ley 578 de 14 de marzo de 2000 facultó al Presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas todo lo concerniente al régimen de carrera y/o estatuto del Soldado Profesional.

Con fundamento en las anteriores facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 "por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas *Militares"* a través del cual se definió, en primer lugar, la condición de Soldado Profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

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

Así se lee en el referido parágrafo del artículo 5 del Decreto 1793 de 2000:

"ARTÍCULO 5. SELECCIÓN. *Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses.

A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.".

En consonancia con lo anterior, advierte esta judicatura que el ya citado Decreto 1793 de2000 en su artículo 384 dispuso que el Gobierno Nacional expediría los regímenes salariales y prestacionales de los Soldados Profesionales, con base en lo dispuesto en la Ley 4 de 1992 y, en todo caso, sin desmejorar los derechos adquiridos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y en especial lo previsto en el artículo 38 ibídem, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000 en el cual, debe decir la Sala, en su artículo 1 definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los Soldados Profesionales.

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

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

Sobre este particular, se estima conveniente trascribir los apartes más relevantes del referido Decreto 1794 de 2000:

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

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

ARTICULO 2. (...)

***PARAGRAFO.** Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de*

meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.".

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, y recapitulando, se concluye que con la expedición de la Ley 131 de 1985 el legislador estableció la posibilidad de que quienes prestaran el servicio militar obligatorio continuaran vinculados a las Fuerzas Militares en forma voluntaria devengando una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, incrementado en un 60% sobre el mismo salario. No obstante lo anterior, el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 fijó el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y, a su turno, el Régimen Salarial y Prestacional de los referidos Soldados precisando que, en relación con los Soldados Profesionales era necesario diferencias de quienes se vinculaban al servicio, por primera vez, a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000 y de los que, en su condición de Soldados Voluntarios, fueron incorporados en calidad de Soldados Profesionales.

En efecto, las referidas disposiciones distinguen claramente que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1974 de 2000 el personal de *"varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas Militares"* gozaría de la condición de Soldados Profesionales.

Sin embargo, precisó que unos se vinculaban por primera vez al servicio de las Fuerzas Militares, esto es, a partir del 31 diciembre de 20005 y otros, ya venían vinculados, en condición de Soldados Voluntarios, atribuyéndole efectos distintos en materia salarial a unos y otros.

En relación con el primer grupo, a saber, quienes se vinculaban a partir del 31 de diciembre de 2000, dispuso la norma que, tendrían 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.

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

Así las cosas, el hecho de que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1794 de 2000 haya dispuesto conservar el incremento legal del 60% a favor de los Soldados Voluntarios que fueron incorporados como Soldados Profesionales no puede ser interpretado de manera distinta, como una decisión de respeto por los

derechos adquiridos de estos Suboficiales de la Fuerza Pública, quienes conforme a las disposiciones de la Ley 131 de 1985 habían adquiridos el derecho de percibir el referido incremento en razón a la naturaleza misma de la actividad que venían desarrollando al servicio de la Fuerza Pública.

En otras palabras, el hecho de que en vigencia del Decreto 1794 de 2002 los Soldados Voluntarios incorporados como Soldados Profesionales sigan devengando el incremento del 60% sobre su salario no constituye, en estricto sentido, a una decisión producto del arbitrio del Presidente de la República al ejercer la facultad con que cuenta para fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, sino al respeto y la garantía por los derechos que legal y justamente habían adquirido quienes en otrora se desempeñaron como Soldados Voluntarios.

En este punto, se considera que con la aplicación de las disposiciones previstas en el Decreto 1794 de 2000, en lo que toca con el incremento del 60% de los soldados Profesionales incorporados, no ha sido pacífica en sede administrativa toda vez que, como ocurre en el caso concreto, las Fuerzas Militares han argumentado que los referidos Soldados no tienen derecho al percibir el incremento en un porcentaje igual al 60% dado, que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas militares gozan de una serie de prestaciones que con anterioridad no les eran reconocidas lo que en la práctica compensa la reducción al 40% del citado incremento.

Al respecto el H. consejo de Estado en sentencia del seis (6) de agosto de dos mil quince (2015). Radicación número: 66001-23-33-000-2012-00128-01 (3583-13) Actor: WALTER OLARTE VALENCIA Demandado: NACION, MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL, respecto un caso igual:

> *Sin embargo, la Sala rechaza enérgicamente dicha interpretación toda vez que ella en la práctica implicaría prohijar la renuncia tácita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.*
>
> *En este mismo sentido, tampoco resulta de recibo el argumento de la supuesta violación al principio de la inescindibilidad de las normas que trae consigo, a estos casos, la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 toda vez que, como quedó visto en precedencia, no se trata de la escisión o fragmentación de las disposiciones del referido Decreto, sino por el contrario, se trata de la aplicación directa de su primera disposición esto es la que regula todo lo concerniente a la asignación que deben percibir los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.*

Luego entonces, no es posible desconocer los derechos que se le venían reconociendo al actor so pretexto de la obtención de nuevas prestaciones pues aceptar ello implicaría desconocer el principio de progresividad[1] de los derechos laborales.

CASO CONCRETO

A través del presente medio de control, el señor BERNEL PEREZ ARRIETA pretende la nulidad del acto demandado, por la cual solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago del reajuste salarial del 20% equivalente a la diferencia que resulta entre el valor devengado por concepto de bonificación mensual como Soldado Voluntario y el salario mensual devengado como Soldado Profesional, esto, a partir de noviembre de 2003.

Sobre ese particular, advierte el Despacho que a folio **71** del expediente obra la relación de servicios prestados por el accionante a las Fuerzas Militares, Ejército Nacional.

Con fundamento en lo anterior, y en su condición de Soldado Profesional incorporado solicito al Ministerio de Defensa Nacional, en ejercicio del derecho de petición, el reconocimiento y pago del reajuste salarial del 20% equivalente a la diferencia que resulta entre el valor devengado por concepto de bonificación mensual como Soldado Voluntario y el salario mensual devengado como Soldado Profesional.

Toda vez que, a su juicio, desde que se registró su incorporación como Soldado Profesional la hoy demandada le ha venido reconociendo y pagando el incremento previsto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en un 40% y no en porcentaje igual al 60%, como lo establece la disposición en cita.

No obstante lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional le negó el reconocimiento y pago del incremento pretendido, cuya nulidad se solicita con ocasión del presente medio de control.

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima esta Casa Judicial que de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente se encuentra

[1] C-228 del 2011. El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

debidamente acreditado que el señor BERNEL PEREZ ARRIETA prestó el servicio militar obligatorio entre el 15 -04- 1994; que, con posterioridad, pasó a desempeñarse como Soldado Voluntario el de 20 de junio de 1996 y que, finalmente, laboró como Soldado Profesional del 14 de agosto de 2003 al 28 de julio de 2015 (fl. 71).

De acuerdo con lo expuesto, no hay duda que en el caso bajo examen el demandante prestó su servicio militar obligatorio en vigencia de la Ley 131 de 1985 y que con fundamento en sus disposiciones concretamente el artículo 2 ibídem, continuó vinculado a las Fuerzas Militares en calidad de Soldado Voluntario hasta el 31 de octubre de 2003.

A partir del 1 de noviembre de 2003 se registró su incorporación como Soldado Profesional, en los términos del Decreto 1794 de 2000. Bajo estos supuestos, tiene el actor en principio tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como Soldado Voluntario y, con posterioridad, como Soldado Profesional, esto, a partir de la fecha de su incorporación noviembre de 2003.

Sin embargo, conforme al art. 167 del Código General de Proceso que consagra:

> *Artículo 167. Carga de la prueba.*
>
> *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*
>
> *(...)*

Sin embargo, para el caso concreto este juzgador no podrá ordenar el reajuste solicitado como pretensión, porque no obra en el expediente, prueba alguna que permita obtener en el grado de certeza; si el actor se le liquido su salario con base a un aumento del 40% o 60% del smlv ya que no se allego certificado de las prestaciones sociales devengado por el demandante antes y después de entrar en vigencia del Decreto 1793 del 2000 o en su defecto; copias de las respectivas nóminas que le suministren al despacho un punto de comparación.

Así pues, al no tener elementos de juicios concretos sobre que definir el derecho, se deberá denegar lo pedido en el presente medio de control como quiera que no se demostró el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que perseguía.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

> *"…….*
> *8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas.

SEGUNDO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena