

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 167

Santiago de Cali, octubre dieciocho (18) de dos mil dieciséis (2016).

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Radicación	76-001-33 33-005-2013-00315-00
Demandante	HUMBERTO RIASCOS IBALGUEN
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por el señor HUMBERTO RIASCOS IBALGUEN en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar la nulidad de los actos administrativos conformados por el oficio **No. 20125660754281 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM-DP** de julio 23 de 2012, mediante el cual se negó la solicitud de reajuste salarial del 20% efectuada por el demandante; y el oficio **No. 20125660856341 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM-DP** de agosto 14 de 2012, a través del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del oficio señalado inicialmente.
- 1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, a efectuar el reconocimiento y pago en favor del demandante del reajuste salarial del 20% al que tiene derecho a partir de noviembre 1 de 2003; así como el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral devengada,

desde la misma fecha y hasta el momento en que se efectúe el retiro definitivo del servicio.

1.3. CONDENAR a la entidad demandada al pago de los respectivos intereses moratorios y a su vez a pagar los valores diferenciales que resulten, debidamente indexados.

1.4. CONDENAR en costas a la entidad demandada.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

2.1. El señor HUMBERTO RIASCOS IBALGUEN, ingresó al Ejército Nacional en condición de Soldado Regular en enero 4 de 1986, pasando a ser Soldado Voluntario en febrero 1 de 1988; siendo retirado con derecho a asignación en diciembre 30 de 2006.

2.2. Por disposición de sus superiores, el demandante, en su calidad de Soldado Voluntario, pasó a ser denominado Soldado Profesional a partir de noviembre 1 de 2003, momento desde el cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, informándosele que esto significaría una mejora en sus condiciones laborales y salariales; no obstante, el salario del actor fue desmejorado en un 20% a partir de la referida fecha, afectando igualmente los emolumentos laborales cuya liquidación dependía de lavase salarial.

2.3. Al estar el demandante vinculado al Ejército Nacional en calidad de Soldado Voluntario con anterioridad a diciembre 31 de 2000 y en vigencia de la Ley 131 de 1995, adquirió el derecho a devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 ibídem.

2.4. Sin embargo, a partir de noviembre 1 de 2003, al ser denominado Soldado Profesional, el demandante empezó a percibir su asignación salarial mensual de conformidad con lo estipulado en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1793 de 2000, es decir el equivalente a un salario mínimo incrementado tan solo en un 40%, ignorándose por completo lo señalado en el inciso 2º ibídem, que debe aplicado al actor, dada su transición de Soldado Voluntario a Soldado

Profesional, en el entendido de que el mismo contaba con el derecho de seguir devengando mensualmente un salario mínimo incrementado en un 60%.

- 2.5. A pesar del cambio de denominación del cargo, el demandante siguió cumpliendo exactamente las mismas funciones, razón adicional por la que no se justifica su disminución salarial y prestacional.
- 2.6. El demandante elevó petición ante la entidad demandada solicitando el reajuste de su salario y demás emolumentos laborales que dependiesen de éste, la cual fue resuelta de forma negativa a través de los actos administrativos demandados.

3. NORMAS VIOLADAS:

Señaló como normas violadas la Constitución Política en sus artículos 13, 25, 29, 53 y 58; Igualmente refiere que la entidad desconoció lo contemplado en los artículos 138 y 159 a 195 de la Ley 1437 de 2011; así como el artículo 10 de la Ley 4 de 1992 y lo dispuesto en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indica la apoderada de la parte actora que las normas de rango Constitucional citadas se vulneran de manera flagrante por la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** al realizar una liquidación equivocada y desigual del salario devengado por el demandante.

Al analizar el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, concluye la apoderada que tal disposición ofrece absoluta claridad en relación con el monto de la asignación salarial a la que tiene derecho el actor por su vinculación con el Ejército Nacional y en especial sobre el salario básico que debió y debe devengar. Aduce que como consecuencia lógica, no solo debe reajustarse el salario del demandante, sino sus prestaciones sociales y demás emolumentos laborales percibidos.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, se opone a todas las pretensiones de la demanda, quedando supeditada a lo que resulte probado en el proceso.

Indica que las Fuerzas Militares, contaban con un grupo de Soldados Voluntarios a quienes les era aplicable la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991, y que éstos no tenían la calidad de empleados o servidores y en esa medida sólo recibían una suma mensual a título de bonificación, más nunca se les reconoció un salario y por ello no tenían derecho a prestaciones sociales.

Agrega la respuesta de la demanda, que posteriormente pensando en la necesidad de la profesionalización de los soldados en las Fuerzas Militares, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, por el cual se expide el Régimen de carrera y Estatuto del personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que también dio la oportunidad a los Soldados Voluntarios, para que se cambiaran a este nuevo régimen.

Así mismo precisa que durante el mismo año, continuando con este pensamiento y buscando dar cobertura a todo el personal de soldados de las Fuerzas Militares, para garantizarles el reconocimiento de prestaciones sociales, se expidió el Decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, y en razón a la expedición de éstas normas y por conocer las prerrogativas o garantías que ellas les concedían los Soldados Voluntarios, solicitaron el cambio de categoría a Soldados Profesionales (lo cual se hizo a partir de noviembre 1º de 2003), quedando en consecuencia cobijados, ahora todos los soldados, por los Decretos mencionados.

Concluye de lo anterior, que los Soldados Voluntarios, al cambiar de régimen ya no reciben una bonificación, sino un salario y el reconocimiento de prestaciones sociales, para lo cual resultaba preciso hacer la consecuente nivelación salarial (Decreto 1793 de 2000), de tal suerte que el valor de diferencia entre el salario como Soldado Profesional y el de la bonificación de Soldado Voluntario, se convierte en algo así como una redistribución con la que se les garantiza ahora el pago de sus prestaciones sociales, pues si se entraba a reconocerles prestaciones sociales y si se les dejaba el mismo valor de la bonificación que recibían antes, entonces se rompería el principio de igualdad respecto de los Soldados Profesionales que existían y que se habían vinculado con el Decreto 1793 de 2000.

Por ello indica que contrario a lo expuesto por el demandante, los Soldados Voluntarios al pasar a ser profesionales entraron a devengar un salario junto con todas las

prestaciones sociales establecidas para los profesionales, sin que hubieren sido en ningún momento desmejorados.

Propone como excepción de fondo, la innominada.

6. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído No. 866 de octubre 23 de 2013¹, se admitió la presente demanda al cumplir con los requisitos legales para ello, posteriormente, la misma fue notificada a la entidad demandada y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA.

Vencidos los respectivos términos de traslado, se convocó a audiencia inicial, llevada a cabo en agosto 13 de 2014², dentro de la cual se verificó la ausencia de causales que invalidaran la actuación desplegada; se fijó el litigio; se decretaron las pruebas consideradas pertinentes y que fueran solicitadas por las partes.

Finalmente se llevó a cabo audiencia de pruebas³ en la cual se recaudó la totalidad del material probatorio decretado, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la apoderada de la parte actora, como la apoderada de la entidad demandada, al alegar de conclusión se ratifican en lo previamente expuesto en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, pues al comparar dichos escritos se puede establecer que unos y otros no difieren sustancialmente, razón por la cual, si bien no se realizará un relato sucinto de los alegatos expuestos por las partes, los mismos si serán tenidos en cuenta para efectos de tomar la decisión que en derecho corresponda.

Finalmente, el Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho, no rindió concepto sobre el particular.

8. CONSIDERACIONES

¹ Folios 63 y 64 Cuaderno No. 1

² Folios 123 al 130 Cuaderno No. 1

³ Folios 133, 134, 158 y 159 Cuaderno No. 1

8.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MÉRITO

Respecto al medio exceptivo denominado innominado y alegado por la entidad demandada, este Despacho no emitirá pronunciamiento previo alguno, toda vez que sus argumentos se confunden con lo que en efecto se habrá de dilucidar al resolver el mérito de la presente controversia.

8.2. PROBLEMA JURÍDICO:

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, debe el Despacho realizar el estudio de los siguientes problemas jurídicos:

Determinar si el demandante, en su condición de Soldado Profesional incorporado tiene derecho al 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 desde el mes de noviembre de 2003.

Igualmente, deberá establecerse si bajo los mismos términos deben reajustarse y pagarse las prestaciones sociales percibidas por el actor desde esa misma época hasta la inclusión en nómina de pagos.

8.3 DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i)** Analizar el marco normativo y jurisprudencial de la profesionalización de los soldados de las Fuerzas Militares y el régimen salarial aplicable a los mismos;
- (ii)** Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (iii)** Finalmente se determinará si en el caso concreto le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

8.3.1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL – PROFESIONALIZACIÓN DE LOS SOLDADOS DE LAS FUERZAS MILITARES - RÉGIMEN SALARIAL APLICABLE.

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual “se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.

Así, son Soldados Voluntarios quienes habiendo prestado servicio militar obligatorio, manifiestan su deseo al respectivo Comandante de la Fuerza de continuar con su prestación a la institución militar, por un lapso no menor a doce (12) meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como Soldados Voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares.

El artículo 4 de la citada ley, consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual, equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un 60% de la misma, en los siguientes términos:

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

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, integrando como Soldados Profesionales a quienes antes de diciembre 31 de 2000, venían prestando el servicio militar como Soldados Voluntarios, definidos en el artículo 1 de la Ley 131 de 1985, así:

"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".

Respecto de la incorporación del personal de Soldados Profesionales, la referida norma señaló lo siguiente:

"ARTICULO 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 i) 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."

De lo expuesto, se advierte que quienes se vincularon bajo la modalidad de Soldados Voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes de 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de Soldados Profesionales, siempre que así lo hubieran expresado, quedando sujetos íntegramente a lo dispuesto por el Decreto citado.

A su turno el artículo 38 ibídem dispuso:

"ARTICULO 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" (se resalta).

En efecto, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000 por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

En su artículo 1 dispuso:

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

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

El párrafo del artículo 2, del Decreto 1794 de 2000 a su vez señala:

"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"

Sobre el particular, el Consejo de Estado a través de **sentencia de Unificación** fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para efectos de definir los casos puestos en conocimiento de esta jurisdicción⁴:

“Reglas jurisprudenciales

*En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado **unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales**, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:*

Primero. *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁵ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

Segundo. *De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁶ 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 1985,⁷ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.*

Tercero. *Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.*

Cuarto. *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10⁸ y 174⁹ de los Decretos 2728 de 1968¹⁰ y 1211 de 1990,¹¹ respectivamente.” (se resalta)*

Así las cosas, quienes se vincularon como Soldados Voluntarios antes de diciembre 31 de 2000, y que en virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados como Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares se acogieron al régimen prestacional designado para éstos, pero conservaron, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 una **asignación salarial** mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

8.3.2. HECHOS PROBADOS

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación de agosto 25 de 2016, C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. **Número de referencia:** CE-SUJ2 850013333002201300060 01. **Numero interno:** 3420-2015.

⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁶ Ib.

⁷ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁸ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

⁹ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹⁰ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹¹ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

El Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso, y que surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las partes¹².

Así las cosas, como hechos debidamente probados en el presente asunto, tenemos los siguientes:

- Que el demandante, señor HUMBERTO RIASCOS IBALGUEN, laboró al servicio del Ejército Nacional por un espacio de 20 años, 8 meses y 21 días, ostentando el grado de Soldado Regular desde enero 4 de 1986, hasta octubre 30 de 1987; Soldado Voluntario desde junio 1 de 1988, hasta octubre 31 de 2003; y pasando a ser Soldado Profesional a partir de noviembre 1 de 2003, hasta diciembre 30 de 2006, fecha en la cual fue retirado del servicio por solicitud propia, según se desprende de su hoja de servicios¹³.
- Que estando en actividad, el demandante devengó los rubros correspondientes a sueldo básico, prima de antigüedad como soldado profesional, seguro de vida subsidiado y bonificación por orden público¹⁴.
- Que para el año 2006, en el cual el demandante fue retirado del servicio, éste devengaba un sueldo básico igual a \$ 571.200¹⁵.
- Que mediante petición elevada por el señor HUMBERTO RIASCOS IBALGUEN a la entidad demandada en junio 22 de 2012, solicitó el reajuste salarial y prestacional que aquí se pretende¹⁶.
- Finalmente se acreditó, que a través del Oficio No. 20125660754281: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM-ASJ de julio 23 de 2012, la entidad demandada negó la solicitud de reliquidación salarial efectuada por la parte actora, y que a su vez, mediante Oficio No. 20125660856341: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de agosto 14 de 2012 confirmó su negativa al no reponer el acto

¹² Sobre la prueba documental y su valor probatorio, se puede consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de marzo de 2011, Rad. No. 20171, C.P. Enrique Gil Botero.

¹³ Folio 16 cuaderno 2.

¹⁴ Ibídem

¹⁵ ibídem

¹⁶ Folio 3 Cuaderno No. 1

inicialmente mencionado; agotándose con todo ello el procedimiento administrativo previo exigido como requisito de procedibilidad para acceder a esta jurisdicción¹⁷.

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

Aplicando lo anterior al caso concreto, tenemos que el señor HUMBERTO RIASCOS IBALGUEN, a través del presente medio de control pretende la nulidad de los actos administrativos contenidos en el **Oficio No. 20125660754281 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM-DP de julio 23 de 2012**, mediante el cual la entidad demandada negó el reajuste de su asignación básica con incremento de un 20% en atención a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985 e inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000; y el **Oficio No. 20125660856341 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM-DP de agosto 14 de 2012**, a través del cual se resolvió de forma negativa el recurso de reposición interpuesto en contra del oficio señalado inicialmente.

En efecto, la entidad demandada argumenta en su contestación dicha negativa manifestando que el supuesto deterioro salarial planteado por el demandante no existe, pues si bien en el momento en que éste paso de ser Soldado Voluntario, a ostentar la calidad de Soldado Profesional, disminuyó en un 20% la bonificación que percibía, tal disminución se suple con las prestaciones sociales que comenzó a devengar como Soldado Profesional, aunado a que si se miran en conjunto la totalidad de prerrogativas adquiridas con este cambio, se puede concluir que el mismo, antes que desmejorarlo lo favoreció.

Lo cierto es que, del compendio normativo y jurisprudencial expuesto con anterioridad y de conformidad con el material probatorio allegado al dossier, se repite, se encuentra acreditado que el señor RIASCOS IBALGUEN prestó su servicio militar obligatorio desde enero 4 de 1986, hasta octubre 30 de 1987; que posteriormente pasó a ser Soldado Voluntario desde junio 1 de 1988, hasta octubre 31 de 2003; para finalmente ostentar la calidad de Soldado Profesional entre noviembre 1 de 2003, y diciembre 30 de 2006.

Así las cosas, es fácil concluir que el demandante prestó su servicio militar obligatorio en vigencia de la Ley 131 de 1985 y que en atención a lo dispuesto en su artículo segundo, continuó vinculado a las Fuerzas Militares en calidad de Soldado Voluntario

¹⁷ Folios 5 a 6 Cuaderno No. 1

hasta octubre 31 de 2003, para posteriormente, a partir de noviembre 1 de 2003 incorporarse como Soldado Profesional conforme a lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000, razón suficiente para determinar que en toda su vida laboral como soldado debió percibir como salario básico el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo, y no en un 40% como se encuentra acreditado que ocurrió, si en cuenta se tiene que según su hoja de servicios¹⁸, para el año 2006 devengó un salario igual a **\$571.200**, y que para tal calenda el SMLMV fue equivalente a \$408.000¹⁹, que incrementado en un 40% arroja precisamente un total de **\$ 571.200** M/Cte.

Consecuente con lo anterior, le asiste razón al demandante al argumentar que sufrió un deterioro salarial del 20% desde el momento en que fue incorporado al servicio castrense como Soldado Profesional, pues desde tal calenda ha percibido un sueldo básico equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% del mismo, siendo que en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000 debió recibir por tal concepto una suma igual a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

De lo anterior es lógico concluir, que si el salario básico del demandante estuvo mal liquidado desde el año 2003, por ende las **prestaciones sociales cuya liquidación dependían de él** corrieron con la misma suerte y de suyo fueron pagadas al demandante en una proporción menor a la que tenía derecho.

Así las cosas, no existe duda para el Despacho de que el actor era acreedor de un incremento salarial y prestacional en los términos indicados, no obstante, previo a establecer si debe declararse algún derecho en su favor, se considera necesario estudiar la operancia del fenómeno jurídico de la prescripción extintiva en el caso concreto.

10. PRESCRIPCIÓN

Respecto a la norma prescriptiva aplicable al caso concreto, debe indicarse que los Decretos 1793 y 1794 de 2000 no contienen regulación normativa sobre el particular, no obstante, en un caso de ribetes semejantes el Honorable Consejo de Estado al unificar su posición sobre el tema y acceder a las pretensiones de la demanda precisó que el

¹⁸ Folio 16 cuaderno 2.

¹⁹ Según Decreto No. 4686 de diciembre 21 de 2005.

término prescriptivo aplicable sería el determinado en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente, en los siguientes términos²⁰:

“(…) Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10²¹ y 174²² de los Decretos 2728 de 1968²³ y 1211 de 1990,²⁴ respectivamente.” (se resalta)

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario transcribir lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968 que sobre el particular dispone:

“Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescriben a los cuatro (4) años.”

A su turno, el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 establece:

“Artículo 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

Así las cosas, el fenómeno prescriptivo opera en casos como el que hoy nos ocupa, una vez transcurridos (4) años desde la exigibilidad de los derechos reclamados; no obstante, la reclamación del derecho efectuada por escrito y radicada ante la entidad interrumpirá dicho término por cuatro (4) años más.

Aplicando lo anterior al caso concreto tenemos que el derecho salarial y prestacional reclamado por el demandante comenzó a hacerse exigible a partir del momento en que se realizó la disminución de su asignación básica en un 20% del salario mínimo, lo cual ocurrió una vez adquirió la calidad de Soldado Profesional, esto es, en noviembre 1 de 2003.

Como quedó demostrado en el proceso, tal detrimento salarial siguió causándose mes a mes en el tiempo hasta el momento en que el demandante fue retirado del servicio,

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, **sentencia de unificación** de agosto 25 de 2016, C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. **Número de referencia:** CE-SUJ2 850013333002201300060 01. **Número interno:** 3420-2015.

²¹ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

²² Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

²³ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

²⁴ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

incluyendo los tres meses de alta adicionales, lo que quiere decir, que si el retiro se dio en diciembre 30 de 2006²⁵, los tres meses de alta culminaron en marzo 31 de 2007²⁶, fecha hasta la cual, se repite, el demandante percibió una asignación básica inferior a la que tenía derecho y por ende dicha calenda se constituye en la fecha última de exigibilidad del derecho reclamado a través del presente medio de control.

Ahora, contados cuatro (4) años a partir de marzo 31 de 2007, significaría que los derechos prescribieron en abril 1 de 2011, fecha hasta la cual podía solicitarse su reconocimiento, y aunque las normas transcritas autorizan la interrupción de la prescripción por cuatro (4) años más con la presentación de la reclamación escrita ante la entidad, debe decirse que según el acopio probatorio obrante en el expediente dicha reclamación solo se realizó hasta junio 22 de 2012²⁷, es decir, cuando los derechos salariales y prestacionales aquí reclamados ya se encontraban prescritos.

En suma, el Despacho encuentra que si bien el señor HUMBERTO RIASCOS IBALGUEN cumple con la condición exigida para ser acreedor del reajuste salarial y prestacional que reclama a cargo de la entidad demandada, resulta indudable que su derecho se encuentra prescrito de conformidad con lo expuesto en esta providencia y por ello, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 187 del CPACA deberá declararse de oficio la prosperidad de la excepción de prescripción extintiva del derecho reclamado, circunstancia que conlleva a denegar las pretensiones de la demanda.

Por último, es importante tener en cuenta que la figura de la prescripción cuatrienal es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento, cuestión que aconteció en el caso objeto de estudio.

11. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

²⁵ Folio 16 cuaderno 2.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Folio 3 cuaderno principal.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²⁸, entre otras cosas, establece que:

“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación²⁹:

*“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.**”* (se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye esta juzgadora que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁸ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho reclamado.

SEGUNDO: Consecuente con lo anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por lo argumentado precedentemente.

CUARTO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

Dfg.