

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 181

Santiago de Cali, noviembre veintitrés (23) de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Radicación	76001333300520160008300
Demandante	CARLOS HERNANDO BUESAQUILLO RIVERA
Demandado	NACIÓN-MIN.DEFENSA-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 CARLOS HERNANDO BUESAQUILLO RIVERA en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo **No. 20155661005491** de octubre 19 de 2015, mediante el cual se negó la solicitud de reajuste salarial efectuada por el demandante, según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.
- 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 incremento salarial incluyendo del 60% al que tiene derecho a partir de noviembre de 2003 y de cesantías, por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en armonía con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.3. Que se disponga el pago del retroactivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia de sumas efectivamente canceladas al actor.

- 1.4. Pagar intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia con arreglo a los artículos 192 y 195 del CPACA; CGP y sentencia C 188 de 1999.
- 1.5. Ordenar ajustar la hoja de servicios del demandante y enviar la copia de la misma a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para efectos de liquidar la asignación de retiro.
- 1.6. Condenar en gastos y costas procesales a la demandada.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

- 2.1. El señor CARLOS HERNANDO BUESAQUILLO RIVERA prestó servicio militar en el Ejército como soldado regular, pasando luego a ser Soldado Voluntario y a partir de noviembre 1 de 2003, como soldado profesional.
- 2.2. Por decisión del Ejército Nacional el demandante, al igual que todos los Soldados Voluntarios, pasaron a ser denominados Soldados Profesionales a partir de noviembre 1 de 2003, momento desde el cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000.
- 2.3. Por estar el demandante vinculado al Ejército Nacional en calidad de Soldado Voluntario con anterioridad a diciembre 31 de 2000, adquirió el derecho a devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, no obstante a partir de noviembre de 2003, solo percibió un incremento de 40 %, con sustento en el cual le liquidaron cesantías.
- 2.4. A partir de la Orden Administrativa No. 2683 de enero 3 de 2014 fue retirado del servicio.
- 2.5. El demandante elevó petición ante la entidad demandada en octubre 14 de 2015, solicitando el reajuste salarial y prestacional que aquí se pretende y por medio de oficio No. 20155661005491 de octubre 19 de 2015, le fue negada su petición; razón por la cual tramitó conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación el 22 de diciembre de 2015, la cual se adelantó el 7 de marzo de 2016 y fue resuelta sin ánimo conciliatorio de la parte demandante.

3. NORMAS VIOLADAS:

Señaló como normas violadas la Constitución Política en sus artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58; Igualmente refiere que la entidad desconoció lo contemplado en las Leyes 131 de 1985, 4° de 1992 en su artículo 2°; así como el contenido de los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indica el apoderado de la parte actora que ante la situación de alteración del orden público padecida por el país, el Ejército Nacional se vio precisado a reclutar soldados voluntarios, dada su trayectoria, no obstante al momento de remunerar si labor realizó una liquidación equivocada del salario devengado por el demandante, realizada por el Comando del Ejército le fijó una asignación de un salario mínimo incrementado en un 40 %, cuando lo reglamentado era un incremento del 60 %.

Se desconoce al demandante el derecho a devengar un salario justo y acorde con las previsiones legales cuando se dispone realizar una liquidación equivocada del monto de la asignación salarial mensual, sin tomar en consideración los parámetros legalmente establecidos para tal efecto, cuya reglamentación afectaba solamente al personal vinculado con posterioridad a enero 1 de 2001, para cuyos efectos invoca la sentencia SU 747 de 1998, para afirmar el desconocimiento del régimen de transición impulsado para dar aplicación al inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000; así como los principios de progresividad, favorabilidad y derecho adquirido traídos por las normas constitucionales invocadas ya cuya teoría se remite el libelo y la jurisprudencia que específicamente al respecto ha expedido el Consejo de Estado.

Aduce de otra parte, falsa motivación por incorrecta aplicación de la normatividad vigente ya que el demandante ingresó al Ejército Nacional en condición de Soldado Regular, se desempeñó como Soldado Voluntario y por tanto su vinculación estuvo regida por la Ley 131 de 1985, ostentaba esta condición a 31 de diciembre de 2000 y fue designado como Soldado Profesional a partir de noviembre 1 de 2003, por lo que su situación se enmarca perfectamente, en los parámetros establecidos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, situación que claramente le otorga el derecho a devengar un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% del mismo y no en un 40 %.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado 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.

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. Con sustento en lo dicho invoca la excepción de inexistencia de la obligación y de carencia del derecho

Además 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.

De otra parte, propone como excepción de fondo, la prescripción de derechos laborales, por cuanto para esta época ya no tendría derecho el demandante de reclamar.

6. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído No. 488 de julio 25 de 2016, 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 septiembre 19 de 2017, 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 recepcionaron los alegatos de conclusión, y se profirió el respectivo sentido del fallo; quedando el proceso para proferir la presente sentencia.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

7.1. Parte demandante

Presenta alegatos de conclusión, solicitando dar viabilidad a las pretensiones de la demanda.

7.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada se ratifica en lo planteado en el escrito de contestación de demanda, no obstante se aclara que en escrito presentado después de vencido el término para alegar de conclusión, se efectúa liquidación del valor que correspondería pagar a su favor en caso de prosperar las pretensiones¹.

7.3. Ministerio Público

Refiere que en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2157 de 1985 y artículo 4 de la Ley 131 de 1985 los Soldados Voluntarios tienen derecho a percibir una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo.

Que luego se expide el Decreto 1793 de 2000 el cual permitió que los Soldados Voluntarios activos al 31 de diciembre de ese mismo año, fueran vinculados a la Profesionalización, disponiendo el artículo 38 de dicha disposición que se respetarían los derechos adquiridos.

¹ Folios 114 al 120

Posteriormente se expide el Decreto 1794 de 2000 disponiendo en el inciso 2º de su artículo 1º que los Soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 seguirían devengando un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo, no quedando duda que con ello se generó un régimen de transición precisamente para respetar derechos adquiridos.

Refiere que sobre este tema ya se ha pronunciado el Consejo de Estado a través de sentencia de Unificación mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que a los Soldados Voluntarios incorporados como profesionales se les deben respetar los derechos adquiridos y por ello su salario no debió ser desmejorado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Agente del Ministerio Público solicita acceder a las pretensiones de la demanda aplicándola respectiva prescripción, igualmente planteada como excepción.

8. CONSIDERACIONES

8.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MÉRITO

Respecto a los medios exceptivos alegados 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) Realizar un breve estudio sobre las causales de nulidad de los actos administrativos;
- (iii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (iv) 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 jurisdicción²:

“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 2000,³ 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 2000,⁴ 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 1985,⁵ 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

² 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.

³ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴ Ib.

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

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 10⁶ y 174⁷ de los Decretos 2728 de 1968⁸ y 1211 de 1990,⁹ 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. NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece en su artículo 138 un medio de control a través del cual:

“(…) toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.”

A su vez, este mismo artículo menciona que la nulidad de este tipo de actos, para el ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, procederá por las mismas causales establecidas para la nulidad de actos administrativos de carácter general, contenidas en el inciso 2° del artículo 137 ib., valga decir: **i)** cuando son actos expedidos con infracción en las normas en que deberían fundarse, o **ii)** sin competencia, o **iii)** en forma irregular, o **iv)** con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o **v)** mediante falsa motivación o, **vi)** con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

⁶ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

⁷ 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.

⁸ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

⁹ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

El Honorable Consejo de Estado¹⁰, ha determinado que las causales de nulidad de los actos administrativos son clasificadas como vicios formales y materiales, en donde los primeros los constituye la infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular; y los segundos, se refieren a la emisión del acto administrativo con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

Sobre el particular, y toda vez que del concepto de violación expuesto por la parte demandante se infiere que la causal de anulación del acto alegada, se relaciona con la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el mismo, debe tenerse en cuenta lo discurrido por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo así¹¹:

“El artículo 84 del C.C.A. consagra, entre otras causales de nulidad, *la derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo o mejor, la nulidad por violación de una norma superior, como se conoce genéricamente a esta causal de nulidad.*

La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea.

Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso.

Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- *Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra* y 2.- *Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.*

Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. (Se resalta)

Supone entonces lo anterior, que la nulidad de un acto administrativo de carácter particular por infracción de las normas en que ha debido fundarse, se puede dar por tres razones distintas: **i)** falta de aplicación de la norma, **ii)** aplicación indebida, o **iii)** interpretación errónea de la misma.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 27 de enero de 2011, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08)

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 15 de marzo de 2012, C.P. Hugo Fernando Bastidas, Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660).

Referente a la **falta de aplicación de la norma**, la misma puede ocurrir cuando: **i)** quien debe aplicarla ignora su existencia y por ende no lo hace, o **ii)** cuando a pesar de que conoce la existencia de la norma, tanto que la cita y la analiza, no la aplica al caso concreto, siendo esta la indicada para ello.

Con relación a la **aplicación indebida de la norma**, esto es, cuando la disposición normativa que se aplica al caso concreto no es la correcta para resolver el mismo. Esta se puede dar por dos circunstancias; bien porque **i)** quien aplica la norma se equivoca al escoger la misma debido a una mala valoración de lo que ella consagra, o porque **ii)** no se establece debidamente la diferencia o semejanza entre el acontecer fáctico concreto y el supuesto jurídico que contiene la norma.

Por último, en lo que atañe a la **interpretación errónea de la norma**, esta se da cuando se aplica la norma correcta al caso concreto, pero la interpretación o el alcance que se le da a la misma es incorrecto.

8.3.3. HECHOS PROBADOS

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:

- 8.3.3.1. Que el demandante, señor CARLOS HERNANDO BUESAQUILLO RIVERA, ha laborado al servicio del Ejército Nacional por un espacio superior a 21 años, ostentando el grado de Soldado Regular desde junio 25 de 1992, hasta noviembre 30 de 1993; Soldado Voluntario desde diciembre 1 de 1993, hasta octubre 31 de 2003; y pasando a ser Soldado Profesional a partir de noviembre 1 de 2003, hasta la fecha de su retiro abril 16 de 2014¹³.

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 Folios 85 y certificación a folio 99

- 8.3.3.2. Que para el mes de abril de 2013, el señor CARLOS HERNANDO BUESAQUILO RIVERA devengaba un sueldo básico igual a \$ 862.400¹⁴.
- 8.3.3.3. Que mediante petición elevada por el demandante a la entidad demandada en octubre 14 de 2015, se solicitó el reajuste salarial y prestacional que aquí se pretende¹⁵.
- 8.3.3.4. Finalmente se acreditó, que a través del Oficio No. 20145661005491: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de octubre 19 de 2015, la entidad demandada negó la solicitud de reliquidación salarial y prestacional efectuada por la parte actora, agotándose con todo ello el procedimiento administrativo previo exigido como requisito de procedibilidad para acceder a esta jurisdicción¹⁶.

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

Aplicando lo anterior al caso concreto, tenemos que el señor CARLOS HERNANDO BUESAQUILLO, a través del presente medio de control pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 20145661005491: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10** de octubre 19 de 2015, 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 a su vez, negó el pago del incremento de sus prestaciones sociales bajo los mismos términos.

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 prestó su servicio militar obligatorio desde junio 25 de 1992, hasta noviembre 30 de 1993; que posteriormente pasó a ser Soldado Voluntario desde diciembre 1 de 1993, hasta octubre 31 de 2003; para finalmente ostentar la calidad de Soldado Profesional desde noviembre 1 de 2003, hasta la fecha de su retiro abril 16 de 2014¹⁷.

¹⁴ Folio 88

¹⁵ Folios 3 al 5

¹⁶ Folio 8

¹⁷ Hecho probado 8.3.3.1. y folios 85 y 99

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 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 la documentación probatoria allegada al plenario, para el mes de abril del año 2014 devengó un salario igual a **\$862.400**¹⁸, y que para tal calenda el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente fue equivalente a \$616.000¹⁹, que incrementado en un 40% arroja precisamente un total de **\$ 862.400** 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, el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad por infringir las normas en que debió fundarse, precisamente por falta de aplicación de la norma, pues a pesar de que el funcionario competente al expedir el mismo conocía de la existencia del precepto contenido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, pues la parte actora puso en conocimiento dicho contenido normativo al realizar la reclamación administrativa²⁰, la demandada nada dijo al respecto, y se limitó a expedir un acto que por demás resulta escaso de argumentación jurídica a pesar de la claridad de que goza el precepto legal antes señalado.

¹⁸ Hecho probado 8.3.3.2. – folio 88

¹⁹ Según Decreto No. 2738 de 2012

²⁰ Folios 3 al 5

En suma, se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 20155661005491: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de octubre 19 de 2015**, proferido por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y consecuente con ello, se ordenará el restablecimiento del derecho que corresponda.

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 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 términos²¹:

“(...) 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 10²² y 174²³ de los Decretos 2728 de 1968²⁴ y 1211 de 1990,²⁵ 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.”

²¹ 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.

²² “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

²³ 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.

²⁴ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

²⁵ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

De suerte que, aplicando la prescripción cuatrienal indicada en las normas transcritas, se encuentran prescritas las diferencias salariales y prestacionales causadas con anterioridad a octubre 14 de 2011, teniendo en cuenta que la petición a la entidad fue radicada en octubre 14 de 2015²⁶.

11. LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA

La liquidación deberá realizarse desde la fecha en que se produjo la disminución salarial al demandante, esto es, desde noviembre 1 de 2013, pero las diferencias que se causen, deberán pagarse a partir de octubre 14 de 2011, hasta el momento en que se verifique el retiro definitivo del servicio del demandante.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a las diferencias reconocidas en esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de la obligación (diferencia) salarial y/o prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Los intereses, si los hubiere, serán reconocidos en la forma señalada en el inciso 3º del artículo 192 y el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

12. COSTAS

²⁶ Folios 3 al 5

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.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²⁷, 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 interpretación²⁸:

*“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 este juzgador 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.

²⁷ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²⁸ 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.**

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,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por el apoderado judicial de la entidad demandada, según lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 20155661005491: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de octubre 19 de 2015**, proferido por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a través del cual se negó al demandante el reajuste de su asignación básica mensual y las respectivas prestaciones.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, reliquidar y pagar al SOLDADO PROFESIONAL CARLOS HERNANDO BUESAQUILLO RIVERA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 15.814.222, las diferencias salariales y prestacionales a que haya lugar, que resulten de la aplicación del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, esto es, el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada año de reconocimiento, incrementado en un 60%, por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2003 hasta el momento en que se verifique su retiro definitivo del servicio, pero con efectos fiscales a partir de octubre 14 de 2011, según se indicó, debido al fenómeno de prescripción cuatrienal con anterioridad a esta última fecha.

La liquidación deberá realizarse desde la fecha en que se causó el deterioro salarial al demandante, esto es, desde el 1 de noviembre de 2003, en los términos dispuestos en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR PROBADA de forma oficiosa la excepción de prescripción y en razón a ello prescribanse las diferencias salariales y prestacionales que se causen con anterioridad a octubre 14 de 2011, según se expuso en la parte considerativa de este proveído.

QUINTO: Las sumas a las cuales fue condenada la entidad demandada deberán

ajustarse tomando en cuenta el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo señalado en el inciso final del artículo 187 del CPACA hasta el momento de la ejecutoria de esta providencia, en la forma como se indica en la parte considerativa de esta sentencia.

SSEXTO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 ibídem. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 ib. y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

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

SSEXTAVO: En firme la presente sentencia se le comunicará a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 ibídem.

SSEXVENO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **SSEXVOLVER** los remanentes si los hubiere y **SSEXCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez