REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 152

Santiago de Cali, septiembre veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral
Radicación	76001333300520160035000
Demandante	Regulo Calvache Delgado
Demandado	Nación - Ministerio de 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 Regulo Calvache Delgado, en contra de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo No. 20163171047251 MDN CGMFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de agosto 10 de 2016, en virtud del cual se negó la petición solicitada por el demandante.

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 que reliquide el salario mensual pagado al demandante desde octubre de 2003 a la fecha, tomando como asignación básica la establecida en el inciso 2º del artículo 1º del decreto 1794 de septiembre 14 de 2000, esto es, un (1) salario mínimo incrementado en un 60% del mismo.

1.3. Que en igual sentido se ordene a la demandada reliquidar el auxilio de cesantías del demandante para los años antes referidos y bajo los mismos parámetros.

1.4. Que se ordene el pago efectivo e indexado de los valores que resulten de la diferencia entre la reliquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de

salario mensual de octubre de 2003 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

1.5. Condenar a la demandada a pagar intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes reconocidos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

1.6. Que la entidad demandada adiciones la hoja de servicio con la nueva base de liquidación y el envío de la copia a la caja de retiro de las fuerzas militares y se condene en costas a la demandada.

1.7. Que se le ordene a la entidad demandada el pago de gastos, costas y agencias en derecho.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

2.1. El señor Regulo Calvache Delgado prestó servicio militar obligatorio en favor del Ejército Nacional en calidad de Soldado Regular; finalizado el periodo de servicio fue incorporado como Soldado Voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 y a partir del 1 de noviembre de 2003 fue promovido como Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta la fecha de su retiro.

2.2. Mediante el Decreto 1794 del 2000, se estableció el régimen salarial y prestacional para los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, determinando su artículo 1° que su asignación mensual sería equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 40%; no obstante la misma disposición respetó los derechos adquiridos por los soldados que al 31 de diciembre de 2000 se encontraran vinculados conforme a la Ley 131 de 1985, indicando que su salario seguiría siendo el correspondiente a 1 SMLMV incrementado en un 60%.

2.3. El demandante, durante el tiempo que permaneció como soldado voluntario percibió una asignación mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, pero una vez paso a ostentar la calidad de soldado profesional, la entidad demandada disminuyó su asignación básica en un salario mínimo incrementado en un 40%, contrariando las normas antes expuestas.

2.4. Las demás prestaciones sociales percibidas por el demandante sufrieron el mismo deterioro, por cuanto se liquidaron a partir del 1 de noviembre de 2003 sobre un salario mínimo incrementado en un 40%.

2.5. El actor, en razón a todo lo anterior, radicó petición ante la entidad demandada solicitando lo que a través de esta demanda se pretende, misma que fue resuelta negativamente mediante los actos administrativos controvertidos.

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 y 4 de 1992; así como el contenido de los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada de la parte demandante manifiesta que la entidad demandada vulnera los preceptos antes mencionados, ya que la situación del demandante se enmarca perfectamente, en los parámetros establecidos en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en armonía con los artículos 48, 53 y 58 de la Carta Política y 2 de la Ley 4ª de 1992, 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 %, conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado que invoca.

Considera la situación violatoria del derecho al trabajo, a la igualdad, y a la justa retribución, en tanto, sin respeto a un debido proceso ni mediar el consentimiento del afectado se mermó en un 20 % las posibilidades de ingreso del accionante, con desconocimiento además de la Ley 131 de 1985, que ya había calificado a los soldados voluntarios como miembros de la Fuerza Pública, es decir con vinculación legal y reglamentaria. Tal situación a su vez amparaba el 60 % de incremento frente al salario mínimo legal mensual vigente y el pago de las demás prestaciones, sobre la base del respeto de derechos contenidos en los Decretos 1793 y 1794 de 2000 artículos 38 y 1 y 2 respectivamente.

Que además, el Ejército Nacional al efectuar la liquidación del salario mensual del demandante tomando como asignación básica la que le corresponde a los Soldados Profesionales que no fueron Soldados Voluntarios, y no la establecida en el inciso

segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, está infringiendo el artículo 2 superior, relacionado con los fines esenciales del Estado, en la medida en que la Carta Constitucional, garantiza a todos los ciudadanos la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su interior; por lo que concluye que, cuando se establecen los parámetros normativos, que indican como debe realizarse la liquidación del salario mensual y estos son desconocidas por la demandada se vulnera el derecho laboral, que cuenta con una protección especial establecida en el artículo 53 de la Constitución Política.

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.

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.

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 e invoca las prestaciones a que tenían derecho los soldados voluntarios tales como bonificaciones, ingreso a clubes de caja de compensación familiar y no así subsidios de vivienda, afiliaciones, prima de navidad.

6. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído No. 181 de marzo 08 de 2017, 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 20 de 2018, 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 CONCLUSIÒN

7.1. Parte demandada:

La apoderada de la parte demandada manifiesta que conoce la sentencia de unificación de agosto de 2016 del Consejo de Estado relacionada con tema de demanda.

Solicita que no sea condenada en costa, además que se tenga en cuenta la prescripción cuatrienal.

7.2. La parte demandante no presentó alegatos de conclusión y el **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto sobre el particular.

8. CONSIDERACIONES

8.1. 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 parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Lev 131 de 1985 devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)." (se resalta).

El parágrafo 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 jurisdicción[1]:

"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:*

---

[1] 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**.**

Primero. *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,*[2] *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,***[3] ***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,***[4] ***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 10[5] ***y 174***[6] ***de los Decretos 2728 de 1968***[7] ***y 1211 de 1990,***[8] ***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

---

[2] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
[3] Ib.
[4] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[5] "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."
[6] 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.
[7] Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares
[8] Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

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.

El Honorable Consejo de Estado[9], 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 así[10]:

"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

---

[9] 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)

[10] 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).

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**.**

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 partes[11].

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

8.3.3.1. Que el demandante, señor Regulo Calvache Delgado, laboró al servicio del Ejército Nacional por un espacio de 20 años, 03 meses y 03 días, ostentando el

[11] 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.

grado de Soldado Voluntario desde mayo 01 de 1996, hasta octubre 31 de 2003; y pasando a ser Soldado Profesional a partir de noviembre 1 de 2003, hasta la fecha de su retiro[12].

8.3.3.2. Que para el mes de mayo de 2016, el señor Calvache Delgado devengaba un sueldo básico igual a $ 968.237[13].

8.3.3.3. Que mediante Resolución No. 5094 de julio 25 de 2016 se reconoció asignación de retiro al demandante a partir de septiembre 20 de 2016[14].

8.3.3.4. Que mediante petición elevada por el demandante a través de apoderada especial, ante la entidad demandada en agosto 04 de 2016, se solicitó reliquidar su ingreso salarial y prestacional[15].

8.3.3.5. Finalmente se acreditó, que a través de los Oficios No. 20163171047251: MDN-CGFM-COEJC-CECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de agosto 10 de 2016, la entidad demandada informó acerca de la imposibilidad de adelantar la favorabilidad la reliquidación solicitada[16].

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

Aplicando lo anterior al caso concreto, tenemos que el señor Regulo Calvache Degado, a través del presente medio de control pretende la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No**.** 20163171047251: MDN-CGFM-COEJC-CECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de agosto 10 de 2016, 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 por situaciones de orden presupuestal.

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 Calvache Delgado prestó su servicio a favor de la entidad demandad como Soldado Voluntario desde mayo 01 de 1996, hasta, hasta octubre 31 de 2003; para

[12] Folios 10 y 119.
[13] Folio 10.
[14] Folio 7-8.
[15] Folios 3-4
[16] Folio 5

finalmente ostentar la calidad de Soldado Profesional desde noviembre 1 de 2003, hasta la fecha de su retiro[17].

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 entre mayo 01 de 1996 hasta y 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, según la documentación probatoria allegada al plenario, conforme a la cual además se establece que para el mes mayo de 2016 devengó un salario básico igual a **$ 965.237**[18], y que para tal calenda el SMLMV fue equivalente a **$689.0455**[19], que incrementado en un 40% arroja precisamente un total de **$ 965.237** 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

[17] Hecho probado 8.3.3.1.
[18] Folio 10.
[19] Según Decreto No. 2552 de 2015.

reclamación administrativa[20], la demandada nada dijo al respeto, 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.

En suma, se declarará la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No. 20163171047251: MDN-CGFM-COEJC-CECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de agosto 10 de 2016, 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 términos[21]:

"*(…) 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 10[22] y 174[23] de los Decretos 2728 de 1968[24] 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:

---

[20] Folios 3-4.
[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. **Numero 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.

"Artículo 174. PRESCRIPCION. 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."

De suerte que, aplicando la prescripción cuatrienal indicada en las normas transcritas, se encuentran prescritas las diferencias salariales y prestacionales causadas con anterioridad a agosto 04 de 2012, teniendo en cuenta que la petición a la entidad fue radicada en agosto 04 de 2016[26].

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 2003, pero las diferencias que se causen, deberán pagarse a partir de agosto 04 de 2012, 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 4° del artículo 195 del CPACA.

---

[26] Folios 3-4

12. 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.

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 interpretación[28]:

"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 8º 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

---

[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.**

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,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la apoderada de la entidad demandada, según se dispondrá en el numeral correspondiente.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficios No. 20163171047251: MDN-CGFM-COEJC-CECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de agosto 10 de 2016, proferido por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, suscritos por el Teniente Coronel NESTOR JAIME GIRALDO GIRALDO Oficial Sección de Nómina del 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, a reliquidar y pagar al S.L.P. REGULO CALVACHE DELGADO, identificado con la CC. No. 94.424.558, 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 agosto 04 de 2012, 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 PARACIALMENTE la excepción de prescripción y en razón a ello se declaran prescritas las diferencias salariales y prestacionales que se

causen con anterioridad a agosto 04 de 2012, 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.

SEXTO: 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.

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

OCTAVO: 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.

NOVENO: 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. 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