REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017).

EXPEDIENTE N°.:	**11001-33-42-046-2016-00150-00**
DEMANDANTE:	**LINO MONTERO MOYA**
DEMANDADO:	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Lino Montero Moya, identificado con C.C. N°. 79.665.773 expedida en Bogotá, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

"1) Declarar la nulidad de los Actos Administrativos N°. 20155660333261 DE FECHA 16 DE ABRIL DE 2015, en lo que concierne a mi poderdante, y 20155661008721 DE FECHA 19 DE OCTUBRE DE 2015, mediante los cuales, EL COMANDO DEL EJÉRCITO NACIONAL negó las peticiones solicitadas por mi poderdante.

2) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL a que se re liquide el salario mensual pagado a mi poderdante, desde el mes de noviembre de 2003 a la fecha de retiro de la Fuerza tomando como asignación básica la establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).

3) Igualmente se ordene la reliquidación del auxilio de cesantías para los años en reclamación, teniendo en cuenta en su liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 para los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios. (Un salario mínimo legal mensual enfrentado en un 60% del mismo salario).

4) Ordenar el pago efectivo de los dineros que resulten de la diferencia entre la reliquidación solicitada y las sumas efectivamente canceladas por concepto de Salario Mensual desde noviembre del año 2003 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA en concordancia con el 280 del CGP.

5) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los respectivos porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y en los términos señalados en el artículo 192° y 195° del CPACA y demás normas concordantes establecidas en el CGP. (Sentencia C-188/99 expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

6) Se ordene al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional adicionar mi hoja de servicio con la nueva base de liquidación y el envió de copia de la misma a Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que sea tenida en cuenta en la liquidación de mi asignación de retiro.

7) Ordenar a la Entidad demandada al pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.".

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se trascriben:

"1. El señor LINO MONTERO MOYA prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.

2. Una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, fue incorporado como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la ley 131 de 1985.

3. A partir del 01 de noviembre de 2013 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

4. Mediante Decreto 1793 de 2000, el Gobierno nacional creó dentro de la estructura de la Fuerza Pública la modalidad de "Soldados Profesionales".

4. Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante Resolución N°. 1292 de fecha 12 de febrero de 2015 le reconoció a mi poderdante, asignación de retiro.

5. El decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, por el cual "establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", fijó la asignación básica para los soldados profesionales en un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario.

6. En el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 el legislador dejó establecido un régimen de transición para los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 tenían la condición de soldados voluntarios indicando que estos seguirían percibiendo como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo.

7. Mi poderdante durante el tiempo que permaneció como soldado voluntario percibió una asignación mensual igual a un salario mínimo incrementando en un 60% del mismo salario, el cual fue cancelado hasta el 31 de octubre de 2003.

8. A partir del primero de noviembre de 2003 fecha en la mi poderdante obtuvo el estatus de soldado profesional, el Comando del Ejército Nacional le disminuyó la asignación básica a mi poderdante de un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario a un salario mínimo incrementado en un 40%.

9. El comando del Ejército Nacional anualmente le liquidó el auxilio de cesantías a mi poderdante sobre la asignación básica de un salario mínimo más un 40% del mismo salario.

10. El señor LINO MONTERO MOYA, fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional mediante Resolución N°. 402 DE FECHA 28 DE ENERO DE 2015.

11. Con fechas 08 de ABRIL DE 2015 Y 11 DE OCTUBRE DE 2015, mi poderdante radicó derechos de peticiones (sic) ante el Comando del Ejército solicitando la reliquidación de su salario mensual tomado como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, a partir del mes de noviembre de 2003, igualmente la reliquidación del auxilio de cesantías.

12. El EJÉRCITO NACIONAL, por intermedio de la Sección Nómina dio respuesta a los derechos de peticiones (sic), mediante oficios N°. 20155660333261 DE 16 DE ABRIL DE 2015 Y 20155331008721 DE FECHA 19 DE OCTUBRE DE 2015, negando las peticiones solicitadas en los derechos de peticiones, agotándose de esta forma la vía administrativa.

(...)".

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1°, 2°, 4°, 13°, 25°, 46°, 48°, 53° y 58°;

De orden Legal: Leyes 131 de 1985, 4ª de 1992, y los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que los actos acusados incurrieron en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, como quiera que desde el mes de noviembre del año 2003 su asignación mensual ha sido liquidada tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 40%, inaplicando el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, aplicable a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios. De ser válida la interpretación efectuada por la entidad demandada respecto del monto de la asignación mensual contenida en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, se estaría desconociendo los principios constitucionales de progresividad y no regresividad de los derechos sociales que fueron establecidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. El hecho que los soldados voluntarios se hubieren acogido al régimen previsto en la norma para los soldados profesionales, no implica per se una justificación para la disminución de su asignación básica, pues para aquellos la norma determina de manera clara la fórmula para calcular dicho emolumento.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa, en memorial visible a folios 92 - 111, contestó la oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en consideración a que no es posible aplicar el demandante el inciso segundo del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, toda vez que los soldados voluntarios sabían del cambio de las condiciones y de manera voluntaria aceptaban las mismas, acogiéndose, por tanto, al régimen de soldados profesionales. Los soldados voluntarios al cambiar de régimen ya no van a recibir una bonificación sino un salario y el reconocimiento de prestaciones sociales, para lo cual resultaba preciso hacer la consecuente nivelación salarial con los soldados que desde un comienzo se habían incorporado

como profesionales, 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 una redistribución con la que se garantiza ahora en el pago de sus prestaciones sociales. Si bien la interpretación más favorable del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, supondría el reconocimiento del derecho pretendido en favor del actor, no es menos cierto que dicho principio (favorabilidad) no puede sobreponerse al principio de "a igual trabajo igual salario", atendiendo que los soldados vinculados con posterioridad al 31 de diciembre del 2000, perciben como asignación básica el equivalente a un SMLMV incrementado en un 40%.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante. Ratificó todas las pretensiones de la demanda

Parte demandada: Reiteró los argumentos contenidos en la contestación de la demanda. Solicita se tenga en cuenta la prescripción cuatrienal al momento de fallar.

Ministerio Público: Guardó silencio.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *"Si el señor LINO MONTERO MOYA tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, le reajuste su asignación básica, teniendo en cuenta los porcentajes fijados en la ley para tal efecto, y en consecuencia, se le reliquide las prestaciones sociales y demás emolumentos percibidos, en los términos señalados en las pretensiones de la demanda".*

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. El señor Lino Montero Moya prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 01 de marzo de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003, y a partir del 01 de noviembre del mismo año se incorporó como soldado profesional (folio 17).

2. Mediante Resolución Nº. 402 de 28 de enero de 2015[1], la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro al demandante.

3. Los días 08 de abril y 15 de octubre de 2015, el señor Lino Montero Moya, mediante apoderado judicial, presentó derechos de petición[2] ante el Comandante del Ejército, en el cual solicitó un reajuste de la asignación básica en cuantía equivalente al 20%, desde el 01 de noviembre de 2003. Asimismo, solicitó la reliquidación de cesantías, bonificaciones, indemnizaciones y demás reconocimientos salariales.

4. La entidad demandada mediante Oficios N°. 20155660333261: MDN-CGFM-COJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de 16 de abril de 2015 y 20155661008721 MDN-CGFM-COJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de 19 de octubre de 2015[3], al resolver las peticiones presentadas por el demandante, decidió negar la solicitud de reajuste salarial, por considerar que el

[1] Folios 18-19.
[2] Folios 4-11.
[3] Folios 12-13..

pago de la asignación básica que percibe aquel se encuentra ajustado a derecho.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho efectúa el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

Régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios incorporados como profesionales.

La Ley 131 de 1985 estableció en su artículo 2° 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 reunieran los requisitos para ser aceptados, disponiendo lo siguiente:

> *"**Artículo 2o.** Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*
>
> ***Parágrafo 1o.** El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.*
>
> ***Parágrafo 2o.** La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno".*

El artículo 4° ibídem consagró 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".*

Atendiendo la normatividad antes referida, se concluye, que el legislador estableció para los soldados voluntarios una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un 60% del mismo salario.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 1793 de 2000, por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, a través del cual se definió, la condición de Soldado Profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

En lo concerniente a la vinculación de los soldados incorporados en virtud de la Ley 131 de 1985, el parágrafo del artículo 5° del antedicho Decreto 1793 de 2000 consagró la posibilidad de que los Soldados Voluntarios fueran vinculados a la planta de personal de la Fuerza Pública como Soldados Profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y respetando el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho. Así lo dispuso:

> *"**Artículo 5. SELECCION**. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*
>
> *En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.*
>
> ***Parágrafo**. 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".*

Así las cosas, los soldados regidos por la Ley 131 de 1985 tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para expresar su intención de incorporarse como soldados profesionales y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el citado Decreto 1793 de 2000, otorgándoles el beneficio de conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de su incorporación. Además ordenó al Gobierno Nacional que al fijar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, lo hiciera *"...con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos"*[4].

[4] Artículo 38.

Luego, en cumplimiento a la orden dada, 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*", en lo atinente a la asignación salarial mensual de los soldados profesionales consagró:

> *"**Artículo 1. Asignación salarial mensual.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).*
>
> *Artículo 2. (...)*
> ***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".*

Conforme a lo anterior, se concluye que el Decreto 1794 de 2000 respetó los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se encontraban incorporados al 31 de diciembre de 2000, que luego se vincularon por voluntad propia como soldados profesionales, debido a que se les mantuvo su retribución mensual correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento, en atención a lo previsto en el artículo 4° de la Ley 131 de 1985; y señaló para los soldados nombrados a partir del 1° de enero de 2001 como profesionales, una contraprestación por el servicio prestado equivalente a un salario mensual igual al salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento del mismo.

En relación a la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, el Consejo de Estado en sede de tutela se ha pronunciado en los siguientes términos:

> *"(...)*
> *Como ya advirtió la Sala, una vez el Tribunal transcribió las anteriores normas, construyó una argumentación tendiente a concluir que el actor estaba cobijado por el régimen de los soldados profesionales (Decretos 1793 y 1794 de 2000) y que en esas condiciones contaba con beneficios que no tuvo como soldado voluntario, y que solo bajo la Ley 131 de 1985 podía devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuando lo cierto es*

que el Legislador extraordinario, en la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y por ello previó que solo en ese evento, el salario que los últimos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos soldados que ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestados sus servicios como voluntarios, pues para ellos el pago sería de "un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario".

Entonces, a diferencia de como lo consideró el Tribunal tutelado, el actor no estaba solicitando la aplicación de dos regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, sino la observancia del régimen de transición previsto en la norma que le era aplicable, esto es, el Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", al proferir la sentencia de 24 de mayo de 2012, incurrió en la irregularidad de naturaleza sustantiva alegada por el tutelante, pues inaplicó, sin razón alguna, el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normativa regía por completo la situación del señor...

En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del tutelante, dejará sin efectos la sentencia censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que profiera una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia, y analice si en efecto el tutelante cumple con los requisitos que establece la normativa aplicable al caso, para haber sido beneficiario, mientras fue soldado profesional, de un salario equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), como lo establece el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000
(...)" [5].

Igualmente, en providencia del 6 de agosto de 2015, señaló:

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

Sin embargo, la Sala rechaza enérgicamente dicha interpretación toda vez que ella en la práctica implicaría prohijar la renuncia tácita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores

[5] Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección quinta, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, sentencia de diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Rad. 11001-03-15-000-2012-01189-01.

131

públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional[6].

En este mismo sentido, tampoco resulta de recibo el argumento de la supuesta violación al principio de la inescindibilidad de las normas que trae consigo, a estos casos, la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 toda vez que, como quedó visto en precedencia, no se trata de la escisión o fragmentación de las disposiciones del referido Decreto, sino por el contrario, se trata de la aplicación directa de su primera disposición esto es la que regula todo lo concerniente a la asignación que deben percibir los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.
(...)"[7].

Más recientemente la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado[8] unificó su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

"(...)
Primero. *De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,*[103] *la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

Segundo*. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,*[104] *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,*[105] *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*

---

[6] Ver artículo 217 de la Constitución Política.
[7] Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 6 de agosto de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. (3583-13).
[8] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Cartagena de Indias D. T. y C., 25 de agosto de 2016. No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001. No. Interno: 3420-2015. Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional

10[106] y 174[107] de los Decretos 2728 de 1968[108] y 1211 de 1990,[109] respectivamente.
(...)"

En consecuencia, se concluye que el aludido Decreto 1794 de 2000 estableció una diferencia del 20% de la remuneración de los soldados voluntarios que pasaron a profesionales respecto de los soldados profesionales vinculados desde el 1° de enero de 2001, obedeciendo ello, a la garantía constitucional de los derechos adquiridos consagrada en el artículo 58 de la Constitución Política.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el demandante se vinculó al Ejército Nacional desde el 20 de agosto de 1993. De igual manera, se observa que laboró como soldado voluntario desde el 01 de marzo de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003; y en condición de soldado profesional desde el 1º de noviembre de 2003 hasta el 31 de marzo de 2015, fecha en la cual se retiró del servicio.

Igualmente, se encuentra acreditado en el proceso que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, le reconoció al señor Lino Montero Moya una asignación mensual de retiro, mediante resolución N°. 402 de enero de 2015.

Mediante derechos de petición de fecha 08 de abril y 15 de octubre de 2015, el actor solicitó de la entidad demandada el reajuste salarial del 20%, desde el mes de noviembre de 2003, así como el reajuste de las prestaciones sociales causadas desde dicho periodo (folios 4-11), solicitudes que fueron denegadas mediante Oficios Nos. 20155660333261: MDN-CGFM-COJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de 16 de abril de 2015 y 20155661008721 MDN-CGFM-COJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de 19 de octubre de 2015 (folios 12-13).

Con todo, se concluye que el demandante estuvo vinculado a las Fuerzas Militares en calidad de Soldado Voluntario hasta el 31 de octubre de 2003 y desde el 1º de noviembre de 2003 fue incorporado en condición de Soldado Profesional en los términos del Decreto 1794 de 2000.

En este orden de ideas, considera el despacho que el señor Lino Montero Moya tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como Soldado Voluntario y, con posterioridad, como Soldado Profesional, esto, a partir de la fecha de su incorporación, a saber, noviembre de 2003, de conformidad con lo previsto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, que dispuso que a los soldados que siendo voluntarios con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1793 de 2000 se vincularon como profesionales, se les debe pagar un sueldo básico equivalente al 60% del salario mínimo mensual legal vigente, más no del 40%.

Es del caso advertir que el hecho que el demandante haya laborado en calidad de Soldado Voluntario y luego como Soldado Profesional, no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, en razón a que con la expedición de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 se garantizó explícitamente la protección de los derechos adquiridos de quienes se incorporaran como Soldados Profesionales a partir de su vigencia.

En consecuencia, y en virtud de lo previsto en el inciso 2° del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, el demandante tiene derecho al reajuste salarial del 20%, equivalente a la diferencia entre el salario aumentado en un 40%, que le fue pagado, y un salario mínimo mensual legal vigente más el 60%, que le debió ser cancelado, lo cual tendrá incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales devengadas. Igualmente, se dispondrá reajustar las cesantías, atendiendo que las mismas, se calculan entre otros factores, con la asignación básica mensual.

Asimismo, al ordenarse la nivelación salarial del 20%, corresponde disponer la corrección de la hoja de servicio del señor Lino Montero Moya, en el sentido de indicar que los emolumentos allí reconocidos como partidas computables para la asignación de retiro deberán calcularse sobre el sueldo básico indicado en el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (1 SMMLV + 60% del mismo)

Así las cosas, el accionante logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba el acto acusado, esto es, los oficios Nos. 20155660333261: MDN-CGFM-COJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de 16 de abril de 2015 y 20155661008721 MDN-CGFM-COJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de 19 de octubre de 2015, en consecuencia, el despacho accederá las pretensiones de la demanda y declarará la nulidad del acto acusado.

Prescripción

Respecto de la prescripción, el despacho se acoge a la tesis expuesta por el Consejo de Estado[9], que discurrió:

> *"Ahora bien, en desarrollo de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y en su artículo 43 dispuso: "Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones revistas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles."*
>
> *De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.*
>
> *De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador.*
>
> *(...)*
>
> *Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional".*

Conforme lo anterior, el Decreto 4433 de 2004 al regular la prescripción, excedió los límites establecidos por la Ley 923 de 2004, razón por la cual se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968[10], el cual consagra que "El

---

[9] Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 4 de septiembre de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 25000-23-25-000-2007-00107-01 (0628-08), demandante: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo y demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

[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".

derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años".

Así las cosas, comoquiera que el demandante presentó la primera solicitud de reajuste salarial el **08 de abril de 2015** (folios 4-8), en relación con lo expuesto, el pago de las diferencias que resulten del respectivo reajuste procede a partir del **08 de abril de 2011**.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, pagará al demandante las sumas que resulten a favor de éste, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \quad X \quad \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En relación a la pretensión "intereses moratorios" debe precisarse que será denegada toda vez que la presente sentencia dispone que los valores a reconocer ha de indexarse de conformidad con el ordenamiento contencioso administrativo. De proceder como lo peticiona la parte actora, equivaldría realizar un doble pago por la misma razón esto es intereses comerciales e indexación. Se precisa que los intereses moratorios que se puedan causar serán de conformidad con el artículo 195 del CPACA.

Se negará la pretensión de pago de los perjuicios morales cuya indemnización reclama la parte demandante, ya que éstos no fueron acreditados, pues, a diferencia de lo aducido por el apoderado del actor, los perjuicios de orden moral en cuanto tocan la subjetividad del individuo deben demostrarse efectivamente.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"[11].

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado[12], en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes", también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

---

[11] Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)
4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
(...)

[12] Expediente No, 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

134

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia..." y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte actora esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.[13]

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. **DECLARASE LA NULIDAD** de los Oficios Nos. 20155660333261: MDN-CGFM-COJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de 16 de abril de 2015 y 20155661008721 MDN-CGFM-COJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 de 19 de octubre de 2015, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, a:

a) Reconocer y pagar al señor LINO MONTERO MOYA, identificado con C.C. N°. 79.665.773 expedida en Bogotá, como asignación mensual lo equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en lugar del 40% que se le venía reconociendo.

---

[13] Postura que ha sido reiterada por el H. Consejo de Estado. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

b). Pagar la diferencia causada, a partir del 08 de abril de 2011, por prescripción cuatrienal, entre el salario percibido y el incremento antes ordenado. Así mismo reajustará las prestaciones sociales devengadas aplicando el aumento del 20%, desde la fecha señalada, sumas indexadas conforme la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

c) Corregir la hoja de servicios del señor LINO MONTERO MOYA, identificado con C.C. N°. 79.665.773 expedida en Bogotá, en el sentido de indicar que los emolumentos allí reconocidos como partidas computables para la asignación de retiro deberán calcularse sobre el sueldo básico indicado en el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (1 SMMLV + 60% del mismo).

TERCERO. **DECLARASE PROBADA LA EXCEPCION** de prescripción de las acreencias causadas con anterioridad al 08 de abril de 2011, conforme a lo señalado en la parte motiva del fallo.

CUARTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

QUINTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez