

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Expediente : **11001-3342-046-2016-00198-00**
Demandante : **OSCAR ARNULFO DIAZ TORRES**
Demandado : **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -
EJERCITO NACIONAL**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Oscar Arnulfo Díaz Torres, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar 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 Nacional - Ejército Nacional, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.25-37).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad del Oficio No. 20155660863391 MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM 1.10 de 07 de septiembre de 2015, por medio del cual, negó el reajuste salarial del 20% a partir del 1 de noviembre de 2003.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, reconozca y ordene el pago a favor del señor OSCAR ARNULFO DIAZ TORRES el reajuste salarial del 20% a que tiene derecho a partir del 01 de noviembre de 2003, así como el reajuste de las prestaciones sociales, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral a la que tuviera derecho hasta la fecha efectiva de su retiro de las Fuerzas Militares.

Que se reconozca y ordene el pago por parte de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL de las sumas adeudadas por concepto del 20% del reajuste, debidamente indexada, de acuerdo con la variación del IPC (...)

Se reconozca y ordene el pago de los intereses moratorios que se han causado de conformidad con lo señalado en el artículo 192 del CPACA.

La NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL dará cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo señalado en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011".

1.3 Hechos.

Relata el demandante que fue incorporado al Ejército Nacional, inicialmente como soldado regular desde el 14 de noviembre de 1997; el 16 de mayo de 1999, se vinculó como soldado voluntario hasta el 31 de octubre de 2003. A partir del 1 de noviembre de 2003, fue designado como soldado profesional.

"...en el mes de noviembre de 2003, el salario del señor OSCAR ARNULFO DIAZ TORRES fue reducido en un 20%, pues para el mes de octubre de 2003, mi poderdante al igual que todos los soldados voluntarios devengaban un sueldo básico de \$531.200, ya para el mes de noviembre de 2003, comenzó a devengar un sueldo básico de \$464.800 (...)

El demandante petitionó ante la entidad el reajuste del 20% del salario. Petición que se denegó, mediante Oficio No. 2015566863391 MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM 1.10 de 7 de septiembre de 2015.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 13, 25, 29, 53 y 58; Ley 4 de 1992, Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Afirma que la entidad no puede continuar con el engaño al que han sometido al personal de soldados de la fuerza pública desde el año 2003, aduciendo que le han mejorado su salario porque la nueva ley otorgó unas prestaciones sociales que tienen derecho por disposición de la misma ley 131 de 1985 cuando fueron vinculados que lo único que han hecho es desmejorarle el salario básico, las condiciones dignas y justas, violando normas de orden constitucional.

Manifiesta que a los soldados voluntarios al momento de obtener la asignación de retiro o pensión sólo les tienen en cuenta la asignación básica en un 70% y la prima de antigüedad en un 38.5% del sueldo básico; que el régimen prestacional y salarial para el personal de soldados profesionales disminuyó en un 20% el salario básico y con ello en igual proporción todas las prestaciones sociales a los soldados voluntarios desde el año 2003, generando empobrecimiento sin justa causa.

1.5 Contestación de la demanda.

La entidad demandada mediante apoderado judicial contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones deprecadas por el demandante, aduciendo que los soldados voluntarios al cambiar de régimen ya no iban a percibir una bonificación, sino un salario, para lo cual resultaba preciso hacer la consecuente nivelación salarial con los soldados que desde un comienzo se habían incorporado como profesionales, asegurando que el valor de diferencia entre el salario como soldado profesional y el de la bonificación de soldado voluntario, se convierte en una especie de redistribución con la que se les garantiza el pago de sus 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 D.1793/00. Afirmando entonces, que el paso de soldado voluntario a profesional no desmejoró de ninguna manera las condiciones salariales ni prestacionales de éstos. Razón por la cual, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

Audiencia inicial

El 25 de mayo de 2017, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión:

La parte demandante

Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de demanda.

La entidad demandada

Reiteró los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

Se circunscribe a dilucidar, si a la parte demandante le asiste el derecho a reclamar el reajuste salarial del 20% por el cambio de régimen de soldado voluntario a profesional, a partir del 1º de noviembre de 2003, en virtud de lo previsto en la ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ El demandante se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular desde el 14 de noviembre de 1997 hasta el 15 de mayo de 1999. Posteriormente se vinculó como soldado voluntario desde el 16 de mayo de 1999 y a partir del 1 de noviembre de 2003 se incorporó como soldado profesional hasta el 1 de octubre de 2014 (fl.11).
- ✓ Mediante derecho de petición de fecha 1 de septiembre de 2015, el actor, solicitó de la entidad demandada, el pago del 20% que le fue deducido de su salario, desde el mes de noviembre de 2003 y al reajuste de las prestaciones sociales causadas desde dicho periodo, hasta la fecha (fs.3-9).
- ✓ En Oficio No. 20155660863391 MDN-CGFM- COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM 1.10 de 7 de septiembre de 2015, la entidad denegó la solicitud deprecada por el actor (fl.10).

2.3 Marco jurídico y jurisprudencial

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar 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”.

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 párrafo del artículo 5° del antedicho Decreto 1793 de 2000 consagró la posibilidad de que los Soldados Voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como Soldados Profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y respetando el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho. Así 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”¹.

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 párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de

¹ Artículo 38.

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 Estado² 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 incorporarían 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”.

² 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.

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".

Igualmente, en providencia del 6 de agosto de 2015³, 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 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 constitucional⁴.

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".

³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 6 de agosto de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. (3583-13).

⁴ Ver artículo 217 de la Constitución Política.

Más recientemente la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ 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 atenderse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹⁰⁶ y 174¹⁰⁷ de los Decretos 2728 de 1968¹⁰⁸ y 1211 de 1990,¹⁰⁹ respectivamente.”*

En consecuencia, si bien es cierto 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, también lo es, que ello obedece 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 14 de noviembre de 1997, con un tiempo de servicios de 16 años 10 meses y 16 días. De igual manera, se observa que laboró como soldado

⁵ 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 8500133300220130006001. No. Interno: 3420-2015. Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional.

voluntario desde el 16 de mayo de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003; en condición de soldado profesional desde el 1º de noviembre de 2003 hasta el 1 de octubre de 2014.

Que mediante derecho de petición de fecha 1º de septiembre de 2015, el actor, solicitó de la entidad demandada el reajuste salarial del 20%, desde el mes de noviembre de 2003, así como el de las prestaciones sociales causadas desde dicho periodo (fs.3-9). Solicitud que se denegó mediante Oficio No. 20155660863391 MDN-CGFM- COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM 1.10 de 7 de septiembre de 2015 (fl.10).

Con todo, se concluye que el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado regular en vigencia de la Ley 131 de 1985 y que continuó 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 Díaz Torres 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 2º del artículo 1º 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 2º 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.

Así las cosas, el accionante logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba el acto acusado, esto es el Oficio No. 20155660863391 MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM 1.10 de 7 de septiembre 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 Estado⁶, 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

⁶ 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.

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 1968⁷, el cual consagra que “El 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 solicitud de reajuste salarial el 1º de septiembre de 2015 (fs.3-9), en relación con lo expuesto, el pago de las diferencias que resulten del respectivo reajuste procede a partir del 1º de septiembre 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:

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

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.

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”.

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 petitiona 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.

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"⁸.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, 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

⁸ 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 obediencia 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.

(...)

⁹ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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.

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.¹⁰

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 del Oficio No. 20155660863391 MDN-CGFM- COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM 1.10 de 7 de septiembre de 2015, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

¹⁰ 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.

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 OSCAR ARNULFO DIAZ TORRES, identificado con C.C. 79.726.150, 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.
- b. Pagar la diferencia causada, a partir del 1 de septiembre 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.

TERCERO. DECLARASE PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCION de prescripción de las acreencias causadas con anterioridad al 1 de septiembre 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. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

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

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez