

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Expediente No. : 11001-33-42-046-2021-00348-00²
Demandante : HENRY AUGUSTO VELÁSQUEZ VARÓN
Demandado : NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES
Asunto : SENTENCIA DE 1ª. INSTANCIA

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a decidir, en primera instancia, el proceso presentado por el señor **HENRY AUGUSTO VELÁSQUEZ VARÓN**, quien actuando mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declaren las siguientes:

1. PRETENSIONES:

En el escrito de demanda, presentado el 29 de noviembre de 2021 se formularon las pretensiones del medio control, las cuales se establecieron así:

- 1. Previos los cumplimientos de los rituales procesales se declare la nulidad del Acto ficto o presunto producto del silencio administrativo que debió dar respuesta al derecho de petición Nro. 560867 elevado a la entidad el 18 de marzo de 2021.*
- 2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJÉRCITO NACIONAL a reconocer y cancelar los intereses a las cesantías del 12% que regula la Ley 50 de 1990 Artículo 99, desde la fecha que ingreso a la entidad demandada del demandante hasta la fecha de retiro.*
- 3. Se Solicita que como sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, las mismas sean canceladas doble vez, con forme la Ley 52 de 1975.*
- 4. La liquidación de la anterior condena deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, debiendo ajustarse con base en el Índice de Precios al Consumidor I. P. C. certificado por el DANE.*
- 5. Que se condene en costas a la entidad demandada, incluidas las agencias en derecho, de acuerdo a lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437/2011*

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² [11001334204620210034800](https://www.cendoj.gov.co/11001334204620210034800) (Solo podrán ingresar al enlace desde los correos informados al Despacho para efectos de notificaciones judiciales).

y en la sentencia C-539 de 28 de julio de 1999 de la Honorable Corte Constitucional.

6. La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA y demás normas concordantes Para su cumplimiento, en los términos legales, se comunique la sentencia a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJERCITO NACIONAL, por intermedio de su representante legal.

2. HECHOS DE LA DEMANDA

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

1. Mi mandante ingresa al EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA a prestar su servicio personal como soldado profesional el día 01 de noviembre 2003, y fue dado de baja por tener derecho a la Asignación de Retiro por Cumplir más de 20 años de servicio el día 30 de mayo de 2019.
2. Durante todo el tiempo laborado como soldado profesional la entidad no cancelo directamente al demandante, ni consigno anualmente a la CAJA DE HONOR los intereses a las Cesantías regulados en la Ley 50 de 1990 Artículo 99 N° 2.
3. El Ministerio De Defensa Ejercito Nacional, anualmente consignó las cesantías del demandante a la Caja de Honor, entidad que por disposición de la Ley 973 de 2005 artículo 1, es la que administra las cesantías de mi poderdante.
4. Anualmente las cesantías de mi poderdante consignadas en la Caja de Honor ganan unos intereses como dividendos, la Caja de Honor consignó a la cuenta individual de cesantías de mi poderte ese valor de intereses o dividendos, estos dividendos o interés cancelados son regulados por la Ley 973 de 2005 artículo 22.
5. Los intereses anteriormente manifestados; no son los intereses a las cesantías regulados por la Ley 50 de 1990 artículo 99, que le corresponde cancelar al empleador del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. A la fecha la entidad no ha cancelado a mi poderdante los intereses a las cesantías y dicha acción le generó la obligación de pagar los intereses a las cesantías doblemente, conforme a la Ley 52 de 1975 artículo 1 N° 3.
6. Por la fecha de ingreso de mi poderdante como soldado profesional a las fuerzas militares; no le es aplicable las cesantías reguladas en el Decreto 1794 de 2000 Artículo 9, por disposición expresa del Decreto 1252 de 2000, la normatividad que se aplica es el régimen general de cesantías basado en la Ley 50 de 1990, siendo así que en el artículo 99 estipuló el pago de los intereses a las cesantías los cuales se adeudan.
7. Se presento derecho de petición a la entidad solicitando el pago de los intereses a las cesantías y la entidad no dio respuesta de fondo a lo solicitado.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca el demandante como violadas las siguientes normas:

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 6, 11, 53, 90, Art 216, 217.

De orden Legal: Artículos 138 y s.s. de la Ley 4 de 1992, Ley 50 de 1990, Ley 52 de 1975, Ley 973 de 2005.

El apoderado de la parte demandante considera que, atendiendo el Decreto 1252 de 2000, el actor tenía derecho a que sus cesantías fueran reconocidas y liquidadas conforme lo dispone la Ley 50 de 1990, incluyendo al efecto la cancelación de los intereses de las cesantías en cuantía del 12% anual.

Al efecto, la parte actora asegura que al señor HENRY AUGUSTO VELÁSQUEZ VARÓN no le es aplicable el régimen de cesantías regulado en el Decreto 1794 del 2000 en su artículo 9, atendiendo a la fecha de ingreso como miembro de la fuerza pública en calidad de soldado profesional, en tanto la vinculación al servicio del Estado se produjo en vigencia de la Ley 1252 del 2000.

Como sustento de lo anteriores planteamientos, el apoderado del demandante formula el cargo de desviación de poder frente al acto acusado, afirmando que con esa decisión y con la omisión de cancelación de los intereses a las cesantías se desconocen los mandatos constitucionales y legales citados, por cuanto el servidor público abusó de sus poderes al desconocer un derecho adquirido.

4. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 21 de enero de 2022 se admitió la demanda de la referencia, ordenando las notificaciones respectivas, actuación que se realizó por la Secretaria del Juzgado, el 14 de febrero de 2022. No obstante, una vez surtido en debida forma el trámite de notificación, la entidad accionada no allegó contestación a la demanda.

En virtud de lo anterior, al advertir que el asunto bajo estudio corresponde a un caso de puro derecho y que no resultaba necesaria la práctica de pruebas adicionales, mediante auto del 07 de octubre de 2022, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dando aplicación al artículo 182A del CPACA, los cuales se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante³: El apoderado se ratifica en las pretensiones, hechos y argumentaciones de la demanda, afirmando que, al demandante se le deben reconocer los intereses a las cesantías consagrados en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que, anterior al Decreto 1794 de 2000, le era aplicable la Ley 50 de 1990 por disposición expresa del Decreto 1252 de 2000. Por lo que concluye que, desconocer dicha figura jurídica, sería afectar el principio de progresividad, específicamente en su regla de no regresividad de la Ley en materia laboral.

Sobre este alegato, el apoderado cita jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relacionada con el principio de progresividad en materia laboral, para insistir en que la variación normativa que se produjo en el Ejército Nacional, con la entrada en vigencia de la Ley 1794 de 2000, en lo relativo a la cesantías desconoció por completo este principio, siendo necesario que, como es este caso, el juez conceda la inaplicación de estos preceptos, para que la actuación sea acorde al mandato constitucional.

³ Documento 09 del expediente.

Parte demandada⁴: Pese a que el día 26 de octubre de 2022 fue allegado memorial con la alegación final por parte de la entidad accionada, no es posible tener en cuenta dicho escrito, en tanto la abogada Carina Estefanía Ospina Sánchez, que se anuncia como apoderada de la entidad, no aportó al plenario poder con el cual acredite las facultades para intervenir en este medio de control.

Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

5. CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO

El presente asunto se contrae a establecer si le asiste derecho a la parte demandante a que se declare la nulidad del acto ficto presunto derivado de la no respuesta al derecho de petición radicado el 18 de marzo de 2021, bajo el No. 560867 y que consecuentemente se le reconozca y pague los intereses a las cesantías del 12% anual, según lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, junto con la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, conforme la Ley 52 de 1975.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas y normativas, las alegaciones finales y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial, previas las siguientes,

5.2 El silencio administrativo y la configuración del acto administrativo ficto o presunto

El Silencio Administrativo es definido como:

“El transcurso del tiempo definido por el legislador y considerado como máximo para adoptar una decisión. Lapsos que vencido hace presumir, a manera de sanción para la administración, la existencia de un acto que resuelve, en determinado sentido, la actuación iniciada. El acto emanado del silencio es ficticio”⁵

La falta de respuesta por parte de la administración tiene como consecuencia el surgimiento a la vida jurídica de un acto ficto o presunto que puede ser positivo o negativo y que se puede configurar ya sea frente a una petición o a recursos presentados por los ciudadanos.

En ese sentido, cuando se presenta una petición a la administración, el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, *preceptúa que:*

⁴ Documentos 28 del expediente.

⁵ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, abril de 003, Pág.252.

*Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición **sin que se haya notificado decisión que la resuelva**, se entenderá que esta es negativa.*

En los casos en que la Ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda. (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, observa el Despacho que la figura del silencio administrativo está establecida por la Ley en favor de quien ejerce el derecho de petición y consiste en presumir la respuesta de la administración, que por regla general es negativa, y solo excepcionalmente positiva.

El acto presunto tiene como efecto jurídico procesal, el ofrecerle la oportunidad al petente de poder accionar judicialmente frente al acto resultante del silencio de la administración, es decir, que el propósito de la presunción establecida en la Ley, radica en la protección debida al administrado frente a las omisiones de la administración, lo cual constituye una herramienta concreta que le permite accionar ante la jurisdicción contencioso administrativa, ya no contra el acto manifiesto y determinado de la administración, que precisamente no se ha producido, sino contra el acto que la Ley presume⁶.

Hecha la anterior precisión, se tiene que obra en el proceso petición de fecha 18 de marzo de 2021, en donde el demandante solicita a la entidad accionada el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías que le correspondían por su labor, así como la sanción legal derivada de su oportuna cancelación, evidenciándose además que esta petición no fue atendida por la autoridad frente a la cual iba dirigida, dentro de los plazos establecidos en el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual, frente a la petición en referencia, surgió el acto administrativo presunto o ficto de carácter desestimatorio de lo pedido.-

Se concluye en consecuencia, que existe acto administrativo ficto o presunto de carácter negativo, resultante del silencio de la administración frente a la petición de fecha 18 de marzo de 2021 y así se declarará en la parte resolutive de la sentencia.-

5.3 Normas aplicables al Régimen General de Cesantías

Sobre el significado y función del auxilio de cesantía, se ha precisado que se trata de un verdadero derecho económico que no puede ser desconocido por el empleador o por la autoridad estatal, sin vulnerar derechos fundamentales, pues

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera ponente: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, mayo (11) de dos mil (2000), Radicación número: 5887, actor: ELÍAS ENRIQUE CUELLO VERGARA.

constituye el ahorro hecho por el trabajador durante el lapso laborado, y se incrementa con el transcurso del tiempo⁷.

En el marco legal, debe indicarse que las cesantías fueron consagradas en el literal f) del artículo 12 de la Ley 6 de 1945 como un derecho de carácter prestacional a favor de los trabajadores oficiales, que debía ser reconocido por el patrono a razón de un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por las fracciones de año.

En armonía con lo anterior, el artículo 1 del Decreto 2567 de 1946, dispuso: *“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses”*.

Dicho derecho prestacional fue extendido a todos los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, departamentos, intendencias, comisarias, municipios y particulares, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 65 de 1946 y se constituyó en una obligación a cargo del Estado en beneficio de sus empleados.

Sin embargo, el régimen retroactivo de cesantías cesó en la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, con la expedición del Decreto Ley 3118 de 1968, que dispuso la liquidación anual de la prestación y reconoció intereses a las mismas. Por lo tanto, a partir de la vigencia de este Decreto, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, liquidan las cesantías de sus empleados año por año, sin que se hubiere dispuesto ningún régimen de transición para quienes venían disfrutando de cesantías retroactivas.

Ahora, como quiera que el Decreto Ley 3138 de 1968 sólo reguló el régimen de cesantías retroactivas para las Entidades Públicas del Orden Nacional, en el orden territorial el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6 de 1945, del Decreto 2767 de 1945, de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

No obstante lo anterior, con la expedición de la Ley 33 de 1985, se estableció que los servidores de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados a partir del 1º de enero de 1985 quedaban sometidos al régimen de liquidación anual con intereses de las cesantías previsto en el Decreto 3118 de 1968, mientras que quienes venían vinculados a esas entidades conservaban el régimen de pago retroactivo de cesantías.

En esta materia el artículo 7 de la Ley 33 de 1985 dispuso:

⁷ Sobre la entidad jurídica y económica del auxilio de cesantía, sentencia T-496 de 1993.

“ARTÍCULO 7. Las entidades que en la actualidad pagan cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión asumirán directamente el pago de dicha prestación a partir del 1 o de enero de 1985. Sin embargo, la Caja pagará cesantías a los empleados oficiales de dichas entidades hasta concurrencia del valor de transferencias que éstas hubieren efectuado.

Quienes a partir del 1 o de enero de 1985, ingresen a la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Contrataría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías, se regirán por las normas del Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las que lo adicionen y reglamenten en lo relacionado con la liquidación y el pago de sus cesantías”.

Las cesantías así concebidas, se liquidaban con base en el régimen de retroactividad; no obstante, en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se estableció una forma diferente de liquidación de esa prestación; aclarando que tal consagración estaba destinada únicamente a empleados o trabajadores cuyas relaciones laborales estuvieran regidas por el Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto la Ley citada se expidió con la finalidad de introducir reformas a ese estatuto y dictar otras disposiciones, que se entienden relativas a la misma materia.

No obstante, con la expedición de la Ley 344 de 1996 y lo previsto en su artículo 13, se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia, y se hizo extensiva la normatividad que estuviera rigiendo en materia de cesantías, siempre que fuera compatible con la liquidación allí ordenada, así:

“ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.*

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.” (Negrillas del Despacho).

Con fundamento en lo previsto en el literal b) del artículo 13 previamente transcrito, y el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, se hizo extensiva la normatividad relativa a cesantías, que fuera compatible con la liquidación anualizada allí ordenada, respecto a los servidores públicos del nivel territorial:

“ARTÍCULO 1. El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional

de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

PARÁGRAFO. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.”

En dicha norma particularmente se remitió a lo previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, el primero de los cuales establece:

ARTÍCULO 99. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

(...)

De acuerdo con esta disposición, el régimen de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, contiene los siguientes elementos esenciales: i) la liquidación definitiva del auxilio de cesantías por la anualidad o la fracción correspondiente y la entrega al empleado de un certificado sobre su cuantía⁸; ii) el reconocimiento y pago por parte del empleador de intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción; iii) la consignación del valor correspondiente en el fondo de cesantías elegido por el empleado; iv) los pagos de las sumas abonadas al retiro del servicio y durante la vigencia de la relación laboral, en los eventos establecidos en la Ley⁹; y v) la sanción por la consignación tardía a razón de un día de salario por cada día de retardo.

En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes. Aclarando que, dichas disposiciones no aplicaban al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, según el párrafo citado.

Finalmente, el Decreto 1252 de 2000¹⁰ dispuso que “(...) *Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al*

⁸ Artículo 104 de la Ley 50 de 1990.

⁹ Artículo 102 de la Ley 50 de 1990

¹⁰ *Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.*

servicio del Estado a partir de la vigencia del presente Decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso.” Concretando de esta forma la diferenciación de regímenes aplicables a las cesantías según fuera el caso.

5.4 Régimen salarial de los soldados profesionales

El artículo 1 de la Ley 131 de 1985 señaló la posibilidad de que quienes hayan prestado su servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados a las Fuerzas Militares.

A su vez, el artículo 4 de la Ley 131 de 1985 indicó que el soldado voluntario devengaría una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, la cual debía verse incrementada en un 60% sobre el referido salario.

Mediante la Ley 578 de 2000 se facultó al presidente de la República, en forma extraordinaria y por el término de 6 meses, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional.

Con fundamento en las anteriores facultades, el presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 “por el cual se adopta el régimen de carrera y el estatuto de personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares” el cual, definió, en primer lugar, la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

En el párrafo del artículo 5, se señaló la posibilidad de que los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como soldados profesionales, a partir del 01 de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la “prima de antigüedad” a la que tenían derecho, así:

“[...] 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. [. ..]”

Mediante el Decreto 1794 de 2000 se expidió el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual, en su artículo 1 definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales.

Por su parte, los soldados voluntarios, es decir, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares de acuerdo con los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su

incorporación como soldados profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

Con este cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional se dio un tratamiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales “a partir del 1º de enero de 2001” y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios “es decir anterior al 31 de diciembre de 2000”, se incorporaran en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos pues, entre otros aspectos, expresamente se consignó la garantía de que conservarían la prima de antigüedad, en el porcentaje que venían percibiendo.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

5.5 Régimen prestacional de los soldados profesionales

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto Ley 1793 de 2000; dicha disposición en el artículo 1º precisó:

"Los Soldados profesionales son 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 "

En el artículo 34, el citado Decreto señaló que con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expediría el régimen salarial y prestacional del soldado profesional, sin desmejorar derechos adquiridos.

En efecto, el Decreto 1794 de 2000 contempló el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en el cual, los soldados profesionales contarían a partir de la fecha *-01 de enero de 2001-* con: asignación salarial mensual, una prima de antigüedad que representa el 6.5% adicional de la asignación salarial por cada año de servicio hasta completar el 58.5% (Art. 2º), una prima de servicio anual (art. 3º), prima de vacaciones (art. 4º), prima de navidad (art. 5º), un subsidio familiar (art 11), vacaciones (art. 8º), vivienda familiar (art. 10) tres meses de alta una vez producido el retiro (Ar.12) *–prestaciones que no estaban contempladas en la Ley 131 de 1985-* y **cesantías** (Art. 9). En relación con esta última prestación, la norma dispuso:

*"Artículo 9. Cesantías. El soldado profesional tendrá derecho al **reconocimiento de cesantías**, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, **las cuales se liquidarán anualmente** y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional."*

Nótese, que las normas que regulan el régimen salarial y prestacional para el

personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares –Decreto 1793 y 1794 de 2000-, otorgaron beneficios económicos –*asignación salarial, primas, subsidio, vacaciones, vivienda y cesantías*- a los soldados profesionales, que no devengaban los soldados voluntarios, puesto que la Ley 131 de 1985, tan solo contemplaba: el pago de una bonificación mensual, prima de navidad y el pago de una suma equivalente a una bonificación mensual por año de servicios, al momento de ser dado de baja –*que no debe ser entendida como una cesantía retroactiva*-.

Por lo que se concluye que el concepto de cesantías solo se vino a tener en cuenta –*para el caso de los soldados profesionales*- con la expedición del Decreto 1794 de 2000, consagrando el régimen anualizado, es decir, que cada año de servicios prestado, se pagaría un salario básico más la prima de antigüedad, pese, a que desde la Ley 6 de 1945 ya se había empezado a hablar de dicha prestación –*cesantías*- para los empleados del sector público.

6. CASO CONCRETO

De conformidad con los medios probatorios aportados al expediente, se encuentra demostrado que:

El actor se vinculó a la accionada como soldado voluntario con anterioridad al 31 de diciembre del 2000, esto es desde el 01 de abril de 2000 hasta el 31 de octubre de 2003 y, posteriormente, como soldado profesional, desde el 01 de noviembre de 2003 hasta el 30 de mayo de 2019, cuando se retiró del servicio, como se verifica en la hoja de servicios¹¹ que expidió el Ejército Nacional, situación que lo ubica en la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000.

Adicionalmente se constata que, por medio de la Resolución No. 275570 del 25 de febrero de 2020¹², expedida por la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, se reconoció y ordenó el pago de la suma de \$22.178.876 en favor del señor HENRY AUGUSTO VELÁSQUEZ VARÓN, por concepto de cesantías definitivas, por retiro del servicio como soldado profesional, que comprenden: Bonificación \$2.274.843 (correspondiente al periodo laborado como soldado voluntario) y Cesantías \$ 19.904.233 (correspondiente al periodo laborado como soldado profesional); señalando que, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, para efectos de liquidación de las cesantías de los soldados profesionales, *el factor prestacional equivale al salario básico anual más la prima de antigüedad cumplido el segundo año de servicio, incrementada anualmente en un 6.5% de la asignación salarial mensual básica por cada año, sin exceder el 58.5%, los cuales se liquidarán anualmente, computando 360 días por año y 30 por mes sin efecto retroactivo*.

Además, que el actor presentó petición ante la entidad accionada el día 18 de marzo de 2021 bajo el radicado No. 560867, solicitando el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías que a su juicio le correspondían por su labor, conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como la sanción legal derivada de su inoportuna

¹¹Páginas 14 a 16 del Archivo 01 del expediente.

¹²Páginas 20 a 23 del Archivo 01 del expediente.

cancelación, consignada en la Ley 52 de 1975¹³, entre otros. Sin embargo, la petición enunciada no fue atendida por la autoridad a quien iba dirigida, dando lugar a la configuración del acto administrativo ficto o presunto de carácter negativo, por lo que así se declarará en el apartado resolutivo de esta providencia.

En armonía con lo dicho, se constata que la pretensión del actor se concreta en la aplicación de la Ley 50 de 1990 para la generación de los intereses a las cesantías a su favor; no obstante, según el recorrido normativo citado en el acápite considerativo, la normatividad aplicable para el reconocimiento prestacional del demandante es la contenida en el Decreto 1794 de 2000, mismo que no incluye en ningún apartado el concepto de intereses a las cesantías en la forma solicitada, por lo que no hay lugar a acceder a lo pretendido en la demanda, pues de esta forma se quebrantaría el principio de inescindibilidad normativa, que debe imperar en las actuaciones en las que normas especiales regulan una situación específica, como acontece en el caso que nos ocupa.

Lo anterior, por cuanto en el análisis de los argumentos de la parte accionante no se observa oposición a la forma y soporte normativo de la liquidación de las cesantías, que le fueron reconocidas en forma definitiva con el retiro del servicio, dando entonces lugar a una incongruencia argumentativa, puesto que el reconocimiento de la prestación principal se efectuó bajo el imperio del Decreto 1794 de 2000, sin reparos, mientras que su aparente prestación accesoria, esto es, los intereses derivados de este auxilio, se reclaman a la luz de la Ley 50 de 1990.

La aplicación normativa desagregada en la forma expuesta, en el caso de un soldado profesional, una para las cesantías y otra para los intereses a las cesantías, pasaría por alto que, la norma que dio el sustento extensivo de la Ley 50 de 1990 a los empleados públicos afiliados a los fondos de cesantías, fue la Ley 344 de 1996, misma que expresamente excluyó de dicha norma al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tal como lo expresó en el parágrafo del artículo 13.

Ahora bien, en este punto resulta pertinente destacar que, para la época en que el actor se incorporó como soldado profesional, esto es el 01 de noviembre de 2003, la norma que se encontraba vigente para el reconocimiento y pago de las cesantías a los de su cargo, era el Decreto Ley 1794 de 2000, en forma especial, lo que tampoco da lugar a que se aplique el Decreto 1252 de 2000, como integrador a la Ley 50 de 1990, pues la fundamentación de esa norma fue diferenciar el régimen de cesantías de los empleados públicos que disfrutaban el sistema retroactivo, lo que, se reitera, no sucede en el caso del actor, pues fue apenas con el Decreto 1794 que adquirió esta prerrogativa, aclarando que, antes de esta disposición únicamente tenía derecho a la denominada bonificación regulada por la Ley 131 de 1985.

¹³ **Artículo primero.** *A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1° del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2° Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3° Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

No es dable tampoco, como se sugirió en el escrito de alegatos de conclusión del accionante, que se proceda en este caso mediante la inaplicación normativa, pues, no se señala la norma que se solicita inaplicar y mucho menos la forma en que se produce afectación de derechos de rango constitucional que amerite la intervención de este Despacho para equilibrar las garantías en favor del actor, frente a sus cesantías y los intereses de las mismas.

En ese sentido y teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en la demanda, en primera medida habrá que señalarse que, el artículo 53 de la Constitución establece los principios mínimos que deben ser tenidos en las relaciones de trabajo. Entre ellos se encuentra el principio de favorabilidad, de acuerdo con el cual debe preferirse “la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”. Este principio puede manifestarse cuando:

(i) existen dos reglas jurídicas aplicables a un caso determinado, entendido como, la aplicación del principio de favorabilidad en estricto sentido; (ii) cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones -in dubio pro-operario-; o (iii) cuando ante el tránsito legislativo, se afectan las expectativas legítimas del trabajador o afiliado -condición más beneficiosa-.

Es así como, a partir de la sentencia C-168 de 1995, en la que por primera vez la Corte se refirió al alcance del principio de favorabilidad en su expresión de la condición más beneficiosa, ese Tribunal sostuvo que este tiene como propósito "proteger los derechos adquiridos de los trabajadores, más no las simples expectativas". A esta conclusión llegó la Corte al realizar una interpretación conjunta de los artículos 53 y 58 de la Constitución. En virtud de estas normas, existe una prohibición de desmejorar los derechos de los trabajadores que vincula a todas las autoridades públicas y específicamente al legislador, lo cual implica que las modificaciones legislativas que este realice en materia laboral no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores, pues de lo contrario desconocerían este principio.

En este orden, queda claro que no hay lugar a generar una ampliación interpretativa por parte de este Despacho para resolver lo pretendido por el actor, pues en este caso se constató que no existe un conflicto normativo derivado de dos reglas jurídicas aplicables a un caso determinado; pues, se reitera, la norma especial que regula las cesantías del demandante es clara en la forma en que se debe liquidar este auxilio sin hacer alusión al cálculo de intereses, siendo inviable aplicar solo un fragmento de la Ley 50 de 1990 y porque, además, la alegada regresión de derechos no se produjo en la forma que alega la parte actora, más cuando el Decreto 1794 de 2000 lo que hizo fue consignar esta prestación, sin afectar siquiera meras expectativas de los soldados que para la época se desempeñaban como voluntarios.

En este orden de ideas y respondiendo el problema jurídico planteado, no resulta procedente reconocer los intereses a las cesantías al accionante conforme a lo contemplado en la Ley 50 de 1990, pues dicha prerrogativa no es aplicable al derecho prestacional que le fue reconocido, por lo que tampoco es viable el

reconocimiento de la sanción derivada del incumplimiento de esta norma, pues dichos preceptos no se incluyen en el Decreto 1794 de 2000 que aplica al caso del actor, como soldado profesional retirado.

De modo que, realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda **no están llamadas a prosperar**.

7. COSTAS

Respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, la Sección Segunda¹⁴ del H Consejo, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso¹⁵, el Despacho se abstendrá de condenar en costas de primera instancia a la parte vencida, toda vez que no resultaron probadas.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), C. P. William Hernández Gómez.

¹⁵ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

8. FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de silencio administrativo negativo y por ende del Acto Administrativo ficto o presunto, originado en la falta de respuesta a la petición que, a través de apoderado, elevó el señor **HENRY AUGUSTO VELÁSQUEZ VARÓN** ante la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES**, el 18 de marzo de 2021, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO: No se condena en costas ni agencias en derecho a la parte accionante, por las razones señaladas.

CUARTO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial delegada ante esta Dependencia Judicial.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, una vez realizadas las anotaciones de Ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 046

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **320338f3b3969ea28a92adb7101fd9fed29313aa2e496ae9d5db066f2296181**

Documento generado en 13/02/2023 10:52:40 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>