

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., tres (03) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2017-00148-00
DEMANDANTE: JUAN CARLOS MONTES PINEDA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
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 Juan Carlos Montes Pineda, identificado con C.C. N°. 79.726.942 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. Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos, conformados por los oficios No. 20163171559341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de fecha 16 de noviembre de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste salarial del 20% a mi representado a partir del 1° de Noviembre de 2003; y No. 20163171705351 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10, de fecha 13 de diciembre de 2016, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del oficio señalado anteriormente, en virtud de los cuales se agotó la vía gubernativa.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, al reconocimiento y pago a favor del señor JUAN CARLOS MONTES PINEDA, del reajuste salarial del 20% a que tiene derecho a partir del 1° de Noviembre de 2003; así como al reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral devengada por mi representado desde el 1° de Noviembre de 2003 y hasta la fecha de su retiro definitivo de la Institución.

3. Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, al reconocimiento y pago a favor del señor JUAN CARLOS MONTES PINEDA de los intereses moratorios sobre la totalidad de los valores que sean reconocidos por concepto del reajuste solicitado.

4. Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, al reconocimiento y pago a favor del señor JUAN CARLOS MONTES PINEDA de la indexación de todos los valores reconocidos de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE al momento de su pago.

5. Que se condene en COSTAS a las entidades demandadas.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

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

“1. El señor JUAN CARLOS MONTES PINEDA, ingresó al Ejército Nacional el 14 de noviembre de 1997, en condición de soldado Regular y se encuentra activo, asignado al Batallón de Abastecimientos y Servicios para la Aviación con sede en Bogotá D.C.

2. A partir del 16 de mayo de 1999 fue aceptado como soldado voluntario por reunir los requisitos de ley.

3. Por disposición de sus superiores, a partir del 1° de noviembre de 2003, su cargo y/o grado, se dejó de denominar “Soldado Voluntario” y empezó a denominarse “Soldado Profesional”, lo que, según se le informó, significaría una mejora en sus condiciones laborales y salariales.

4. Sin embargo de manera inexplicable el salario del demandante fue desmejorado a partir de este mismo mes de noviembre de 2003, en un 20%.

5. Es así como en la nómina del mes de Octubre de 2003, mi representado al igual que todos los soldados voluntarios del Ejército Nacional devengaban un sueldo básico de \$531.200.00 y una vez se les denominó soldados profesionales, esto es a partir del mes de Noviembre de 2003, se les pagó un sueldo básico de \$464.800.00.

6. El demandante al igual que todos los soldados profesionales, pasaba la mayor parte del tiempo en el área de combate, es decir que no tenía permanencia en los batallones o en las ciudades para estar verificando las cuantías en que se les pagaba el sueldo.

7. Así mismo, tanto en el caso del demandante como en el de casi todos los soldados profesionales, por sus largas temporadas en la selva deben dejar sus tarjetas bancarias de la cuenta de nómina a sus esposas o compañeras, para que estas puedan sufragar los gastos de manutención del hogar.

8. Es bien sabido, que los soldados profesionales deben internarse en la selva por periodos hasta de seis meses o más, tiempo durante el cual no pueden comunicarse en forma permanente con sus familias y no tienen contacto con el mundo exterior, salvo aquellos que tienen la posibilidad de tener un teléfono celular. Este hecho les impidió en su momento tener un control sobre los dineros que se les venían pagando por parte del ejército a título de salarios y prestaciones sociales.

9. Adicionalmente, en cuanto el demandante y los demás soldados profesionales se enteraron de la desmejora en su remuneración mensual hablaron con sus Superiores y quisieron presentar una reclamación ante la Dirección de Personal del Ejército, pero inmediatamente se les informó que al que pusiera una sola queja o elevara una sola petición, sería dado de baja de manera inmediata por "la discrecional", es decir sin justificación alguna, manifestación que les fue hecha en términos bastante fuertes y sobretodo soeces.

10. Como el demandante, así como muchos de los soldados profesionales que habían ingresado como soldados regulares y posteriormente habían sido aceptados como soldados voluntarios, llevaban para el año 2003, más de catorce años de vinculación al Ejército, no podían exponerse a que los dieran de baja por "la discrecional", porque ya tenían cercana la posibilidad de beneficiarse con el sueldo de retiro, por el largo tiempo de servicio prestado a la Institución.

11. Por esta razón ni el demandante, ni sus compañeros, pudieron hacer ninguna petición sobre la desmejora de sus condiciones laborales y solo después de su retiro definitivo de la Institución pudieron elevar las respectivas reclamaciones (...)"

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Nacional.

De orden Legal: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículos 138 y 159 a 195; Ley 4ª de 1992 artículo 10, Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que el señor Juan Carlos Montes Pineda ostentó la condición de soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, es decir, que adquirió el derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% de conformidad con lo establecido en el régimen de transición previsto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000. Agrega que, a partir del mes de noviembre de 2003, se le modificó el salario al actor, y por ende de las demás primas, prestaciones y acreencias laborales a las que tenía derecho en el momento de pasar a ser soldado profesional.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa, en memorial visible a folios 37-42, 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 1º 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, acogándose, por tanto, al régimen de soldados profesionales. Indica que los soldados voluntarios al cambiar de régimen 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.

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 los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho contenidos en la demanda. Solicitó tener en cuenta el precedente de unificación jurisprudencial emanado del Consejo de Estado del día 25 de agosto de 2016.

Parte demandada: Ratificó los argumentos de defensa contenidos en la demanda. Indica que se allana a lo que resulte probado en el expediente.

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 JUAN CARLOS MONTES PINEDA 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 Juan Carlos Montes Pineda, prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 16 de mayo de 1999 hasta el 31 de octubre

de 2003, y a partir del 01 de noviembre del mismo año se incorporó como soldado profesional (folio 7).

2. El día 10 de noviembre de 2016, el señor Juan Carlos Montes Pineda, mediante apoderado judicial, presentó derecho de petición¹ 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 primas, subsidios, vacaciones, cesantías, bonificaciones, indemnizaciones y demás reconocimientos salariales.
3. La entidad demandada mediante oficio N°. 20163171559341: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-NOM-1.10 de 09 de diciembre de 2015², al resolver la petición presentada por el demandante, decidió negar la solicitud de reajuste salarial, por considerar que no es posible el reconocimiento de la asignación básica bajo los parámetros solicitados.
4. Inconforme con la decisión adoptada, la demandante interpuso recurso de apelación en contra del oficio señalado en el numeral anterior, el cual que resuelto desfavorablemente mediante oficio N°. 201663171705351 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER -1.10³.

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:

¹ Folios 2-3.

² Folio 4.

³ Folio 6.

“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.

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”.*

⁴ Artículo 38.

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 cómo 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 fué 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 prohiar 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 constitucional⁶.

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 Estado⁸ unificó su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados

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.

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

como profesionales, y fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

“(…)

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

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰⁴ 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 10¹⁰⁶ y 174¹⁰⁷ de los Decretos 2728 de 1968¹⁰⁸ 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 1º 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 señor Juan Carlos Montes Pineda se vinculó al Ejército Nacional desde el 14 de noviembre de 1997. De igual manera, se observa que laboró como soldado voluntario desde el 16 de mayo de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003; y en condición de soldado profesional desde el 1º de noviembre de 2003 hasta la actualidad.

Mediante derecho de petición de fecha 10 de noviembre de 2016, 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 (folios 2-3), solicitud que fue denegada a través de Oficio N°. 20163171559341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de 16 de noviembre de 2016 (folio 4). Contra dicho acto administrativo el demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue negado por improcedente, por medio del oficio 20163171705351 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-CIPER-1.10 de 13 de diciembre de 2016.

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 1° 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 demandante 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 1° 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 los actos acusados, esto es, los Oficios Nos. 20163171559341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de 16 de noviembre de 2016 y 20163171705351 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-CIPER-1.10 de 13 de diciembre de 2016, en consecuencia, el despacho accederá las pretensiones de la demanda y declarará la nulidad los referidos actos

En consecuencia de lo anterior, la entidad demandada deberá modificar la hoja de servicios del demandante, en la cual se deberá determinar que la asignación básica es la contenida en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% (160%).

Prescripción

Respecto de la prescripción, el despacho se acoge a la tesis expuesta por el Consejo de Estado⁹, 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.

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.

(...)

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 1968¹⁰, 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 **10 de noviembre de 2016** (folios 2-3), en relación con lo expuesto, el pago de las diferencias que resulten del respectivo reajuste procede a partir del **10 de noviembre de 2012**.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO 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

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”.

emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

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 que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

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 de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹¹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección "B", Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, Bogotá, D.C., sentencia de 28 de octubre de 2016, radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez. Demandado: UGPP.

* Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D. C., providencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez. Demandado: COLPENSIONES.

* Subsección "B" Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D. C., sentencia de 19 de enero de 2017, Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia palacios de Mosquera, Demandado: UGPP.

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

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.

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. 20163171559341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de 16 de noviembre de 2016 y 20163171705351 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-CIPER-1.10 de 13 de diciembre de 2016, 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 Juan Carlos Montes Pineda, identificado con C.C. N°. 79.726.942 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.

b). Pagar la diferencia causada, a partir del 10 de noviembre de 2012, 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 LA EXCEPCION de prescripción de las acreencias causadas con anterioridad al **10 de noviembre de 2012**, 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.

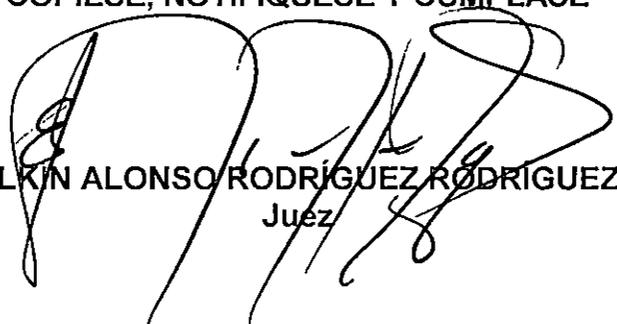
QUINTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

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