



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRAN BASTIDAS

Ibagué, veinticuatro (24) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: JHON FREDY GAMBA
Demandados: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL Y OTROS
Tema: RECONOCIMIENTO DE DIFERENCIAS SALARIALES Y PRESTACIONALES-CADUCIDAD

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentra el presente proceso para decidir el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la entidad demandada, contra el fallo proferido el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante el cual accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor JHON FREDY GAMBA actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presenta demanda contra LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, para lo cual eleva las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20165660730301: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 9 de junio de 2016, mediante el cual la demandada negó el reajuste y reliquidación del salario del señor JHON FREDY GAMBA tomando como base la liquidación de un salario mínimo incrementado en un 60% y la reliquidación del auxilio de cesantías.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se reliquide el salario mensual del actor, tomando como asignación básica la establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60%).

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

Así mismo, solicita que se condene a la demandada a que reliquide el auxilio de cesantías para los años reclamados, teniendo en cuenta en su liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794, para los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios.

En consecuencia, pide que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros que resultan de la diferencia entre la reliquidación solicitada y las sumas efectivamente canceladas por concepto de salario mensual desde octubre del año 2003 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho, dando aplicación a lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 280 del CGP.

Que se ordene a la accionada a que adicione la hoja de servicios del demandante, con la nueva base de liquidación y así como el envío de la misma a CREMIL para que se tenga en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro del demandante.

Que se condene a la entidad demandada, a que efectúe la respectiva indexación de todos los valores conforme al IPC al momento del pago liquidadas mes a mes, que se pague los intereses comerciales y moratorios, así como el pago de agencias de derecho y costas procesales.

Las anteriores pretensiones las soporta en los siguientes:

HECHOS

1. El apoderado judicial de la parte actora, manifiesta que su representado se vinculó al Ejercito Nacional como soldado voluntario, época en la cual, percibió como salario el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo, tal y como en efecto lo preveía los artículos 2° y 4° de la Ley 131 de 1985, que reglaba lo concerniente al régimen salarial de este tipo de personal.
2. Arguye que mediante el Decreto 1793 de 2000, se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en el que se contempló la figura del soldado profesional y a la cual fueron vinculados todos aquellos soldados incorporados en vigencia de la Ley 131 de 1985.
3. Explica que la remuneración de los soldados profesionales sería el equivalente a un salario mínimo mensual vigente incrementado en un

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

40% del mismo salario, y advierte que los soldados voluntarios que se encontraban incorporados en vigencia de la Ley 131 de 1985 y que aceptaron la vinculación a soldado profesional, continuarían devengando un salario mínimo incrementado en un 60% de éste.

4. Indica, que con la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000, su representado fue equiparado a soldado profesional, y se le comenzó a cancelar su asignación en los términos que señaló la norma para este tipo de personal, desconociendo los derechos adquiridos que conservaba y causándole un desmejoramiento salarial.
5. Indica, que la a través de la resolución No. 518 del 08 de febrero de 2016, la caja de retiro de las fuerzas militares reconoció a favor del actor asignación de retiro.
6. El día 26 de mayo de 2016 el actor solicitó la reliquidación de su asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, a partir del mes de octubre de 2003 y la reliquidación del auxilio de sus cesantías, petición que fue resuelta de forma desfavorable mediante oficio del 09 de junio de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL contestó la demanda, argumentando que como contraprestación a la actividad realizada por el actor, le daba una bonificación mensual correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%, por lo que con el Decreto 1793 del 2000, fue que se creó la figura de los soldados profesionales, a la cual se podían acoger libre y voluntariamente, época en la que existían los soldados voluntarios.

Ante dicho escenario, menciona que los soldados que se incorporaron posteriormente se incorporaron como profesionales, sus condiciones no fueron desmejorados, pues si bien es cierto, el salario mínimo tuvo una disminución, frente a la bonificación recibían como soldados voluntarios, fue compensado con las prestaciones sociales que empezaron a devengar, las cuales anteriormente no tenían derecho los soldados voluntarios.

Finalmente propuso como excepciones las siguientes: caducidad de la acción - medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho e inexistencia de la obligación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

En sentencia proferida el día 13 de marzo de 2020, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la entidad accionada,

“(…)

En este orden de ideas, al encontrarse acreditado que el demandante ingresó al servicio del Ejército Nacional como soldado voluntario y posteriormente, fungió como soldado profesional, el Despacho advierte que el régimen salarial aplicable es el contenido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, motivo por el cual, el actor tenía derecho a continuar percibiendo como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%, pese a lo anterior, la entidad nominadora para aquella época - Ejército Nacional, liquidó su asignación básica en los términos del inciso primero de la aludida normativa, desconociendo el régimen de transición aplicable a favor del demandante.

De igual manera procedió la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al efectuar el reconocimiento de la asignación de retiro al señor Jhon Fredy Gamba, tomando como base de liquidación el salario mínimo devengado incrementado en un 40% y no en un 60%, desconociendo el principio de favorabilidad, el principio de progresividad en materia laboral y los derechos adquiridos del demandante.

De lo que se sigue que, por cumplir con la condición prevista en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, el demandante debió recibir como retribución a título de salario básico, un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en consecuencia, con independencia de que el demandante se hubiera acogido a un nuevo régimen que le ofrecía el reconocimiento de prestaciones sociales que antes no recibía, es claro que, la entidad accionada si causó un perjuicio al demandante al rebajar en un 20% el salario básico que otrora percibía.

De conformidad con lo anterior, atendiendo a las reglas de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado y lo establecido en el Decreto 1794 de 2000 artículo 1 inciso 2º, 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, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Como el demandante Jhon Fredy Gamba cumple con los requisitos establecidos en el citado decreto, en términos de la transición de soldado voluntario a soldado profesional, 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, a partir de la fecha de su incorporación como tal, en noviembre de 2003.

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

De acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los Soldados Profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, tienen derecho al reconocimiento y pago de las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías, y se liquidan con base en el salario básico devengado, por lo que, es evidente que el reajuste salarial del 20% reclamado tiene efectos tanto en el salario como en las prestaciones sociales.

Quiere decir lo anterior, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejados efectos en las prestaciones y da lugar también a que les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías. (...)"

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, al no compartir las consideraciones expuestas por el A Quo, manifestando, que la demandante pretende se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 9 de junio de 2016, suscrito por el Oficial de Sección de Nomina del Ejercito Nacional, por medio del cual la entidad demandada negó la reliquidación y reajuste del 20% del salario básico.

Señala, que si bien es cierto el actor prestó sus servicios a la Institución Castrense en condición de Soldado Profesional, según consta en la Hoja de Servicios, pero se retiró del servicio al asistirle derecho a su pensión, por tener derecho a la pensión, por lo cual, alude que al retirarse del servicio activo las prestaciones que hoy reclama dejan de ser periódicas y pasan a ser definitivas, esto en virtud a lo señalado por el Consejo de Estado, para lo cual trae a colación la sentencia proferida dentro del proceso No. 47001-23-31-000-2010-00020-01 (1174-12).

Por lo anterior, indica que de acuerdo al material probatorio que reposa en el plenario, se desprenden las siguientes:

- *“La petición de pago de la diferencia salarial fue presentada por el actor el día 26 de mayo de 2016, fecha en la que ya se encontraba retirado definitivamente de la institución.*

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

- *Dicha petición fue resuelta mediante acto administrativo No. 20165660730301: MDN-CGFM- COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 9 de junio de 2016.*
- *Respecto a la notificación del acto administrativo censurado, obra dentro del plenario oficio N° 20183171940551 MDN-CGFM-COEJC-SECEJJEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 9 de junio de 2016, suscrito por el señor Teniente Coronel Oficial Sección Nomina del Ejercito Nacional, mediante el cual informa: "no se encontró dentro del registro de la documentación, el certificado de envío del mencionado oficio, sin embargo se nos informa que mencionado radicado no se encuentra registrado dentro de los oficios devueltos al remitente, siendo efectiva su entrega dentro de los 10 días siguientes a su expedición"*
- *No fue agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación por parte del actor.*
- *Según reporta la Pagina de la Rama Judicial "Consulta de Procesos" el demandante radico el presente medio de control del día 17 de enero de 2017.¹"*

Atendiendo las pruebas relacionadas por el apoderado recurrente, afirma, que el demandante debió acudir a la jurisdicción dentro del término de los cuatro (4) meses establecidos en la norma, circunstancia que no ocurrió, como quiera que el actor presente el medio de control aproximadamente ocho (08) meses después, haciéndose notoria su extemporaneidad, razones en las que se funda para solicitar que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se declare probada la excepción de caducidad.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 19 de marzo de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, posteriormente, a través de providencia del 28 de junio del mismo año, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Durante el término concedido el apoderado judicial de la entidad demandada, allegó sus alegatos de conclusión, reiterando los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se declare probada la excepción de caducidad.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte actora y el representante del Ministerio Público, dentro del término concedido guardaron silencio.

¹ Ver el folio 174 del expediente.

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, tal como lo establece el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

ESTUDIO SUSTANCIAL

El marco de competencia de esta segunda instancia es total, se circunscribe a los argumentos de la apelación expuestos por el apoderado judicial de la entidad demandada, el cual se suscita a que se declare probada en el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la excepción de caducidad.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el caso bajo estudio, se contrae a establecer si la decisión del juez de primera instancia estuvo ajustada a derecho, al haber declarado no probada la excepción de caducidad y haber accedido a las pretensiones de la demanda, o si, por el contrario, como lo alega la entidad recurrente se debe revocar la sentencia de primera instancia, por haberse instaurado la demandada de forma extemporánea.

Dado el caso de no encontrarse probada la excepción de caducidad, le corresponde a esta Corporación entrar a determinar si al accionante, le asiste derecho al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales, en los términos como lo dispone el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, esto es, el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% desde el momento mismo en que paso hacer soldado profesional y hasta la fecha en que se mantuvo en servicio.

De la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

La caducidad es un fenómeno jurídico en virtud del cual, el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley.

El término de caducidad prescrito en la ley está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no, así, para que

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

opere la caducidad, deben concurrir dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción.

Precisa la Sala, que si bien lo que se busca es que la Jurisdicción entre a conocer un asunto litigioso en materia de Nulidad de un acto Administrativo y el correspondiente restablecimiento del derecho; es necesario, en primer lugar, que la demanda se presente dentro del término de caducidad.

El término de caducidad de la acción está regulado en el artículo 138 y 164 numeral 2, literal d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece que Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso.

Así mismo prescribe la citada normatividad en su literal c), que la demanda puede presentarse en cualquier tiempo cuando esta se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas.

Respecto de la definición de prestación periódica, el Consejo de Estado² ha establecido jurisprudencialmente que dentro de esta definición deben tenerse en cuenta no sólo las prestaciones sociales sino aquellos emolumentos que se reconocen periódicamente.

Así lo señaló:

“(...) Por regla general la posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de "prestación periódica", es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.

En ese sentido, dentro de los actos que reconocen prestaciones periódicas, están comprendidos no sólo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también aquellos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente. (...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" - C. P.: JAIME MORENO GARCÍA - Bogotá D.C. - Doce (12) de octubre de dos mil seis (2006) -Radicación N° 73001- 23-315- 000- 2001- 02277-01 No. Interno: 4145-05 P3.

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante: Jhon Fredy Gamba
 Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

En otra oportunidad, esta alta Corporación señaló:

“las prestaciones periódicas son aquellos pagos corrientes que le corresponde al trabajador, originados en una relación laboral o con ocasión de ella, que se componen de prestaciones sociales que son beneficios para cubrir riegos del empleado y no sociales como el pago del salario, pero que una vez finalizado el vínculo laboral las denominadas prestaciones periódicas dejan de serlo, salvo las correspondientes a la prestación pensional o una situación pensional que puede ser demandados en cualquier tiempo, aun depuesta de culminado el vínculo laboral”³ (Negrillas fuera del texto original)

En ese orden de ideas, tenemos entonces que el H. Consejo de Estado ha resaltado la importancia de no limitar la interpretación de dicha norma, a la literalidad de lo enunciado, puesto que no todos los derechos laborales pueden recibir la connotación de prestación periódica, ya que de ser ello así, conduciría a la indefinición de los conflictos; al tenor literal precisó:

*“Si la interpretación sobre lo que debe entenderse por **prestación periódica** fuera el significado lingüístico de las palabras, sería elemental que el actor tendría razón.*

*No obstante, tal método, cuando la ley se encarga de poner ejemplos sobre los cuales son las prestaciones periódicas, no es eficaz y debe atenderse a la orientación que brinda aquella. En efecto, el artículo 131,6 letra b) del CCA, se refiere a las pensiones de jubilación y de invalidez como prestaciones periódicas, referencia que debe observarse para los efectos del inciso 3º del artículo 136 ibídem, pues la norma en últimas lo que da a entender es que tratándose de derechos que existen durante la vida del titular y después respecto de los beneficiarios llamados a sustituirse también en forma vitalicia (cónyuge, compañera o hijo inválidos), es lógico, justificable y razonable que **en cualquier tiempo** puedan discutirse tales prestaciones, para diferenciarlas de los demás derechos laborales que no son vitalicios y por consiguiente la definición de las controversias sobre los mismos, debe hacerse en los términos de la caducidad establecida para ellos, vale decir, a meses.*

*Si tal no fuera el alcance de la norma, resultaría que como en el derecho laboral casi todos los derechos se causan por un determinado tiempo, **habría que concluir en esa materia la indefinición de los conflictos sería la constante**, porque no operaría la caducidad en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y tal interpretación sería absurda, a juicio de la Sala.”⁴*

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 13 de febrero de 2014. Radicación No. 66001-23-31-000-2011-00117-01 (0798-13)

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Auto del 15 de septiembre de 2011. Radicación No. 23001-23-31-000-2011-00026-01 (1041-11)

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

Lo anterior, se acompasa con lo dispuesto por el máximo órgano de lo contencioso administrativo, en casos similares como el aquí estudiado, al analizar el carácter periódico de determinadas prestaciones, señalando lo siguiente:

*“En lo que respecta al argumento de que se trata de una reclamación de prestaciones periódicas, la Sala debe precisar que, en efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que no opera el fenómeno de la caducidad para demandar los actos que reconozcan o nieguen las mismas; **sin embargo, al producirse la desvinculación del servicio, se hace un reconocimiento de prestaciones definitivas⁵ y, en tal medida, las prestaciones o reconocimientos salariales que periódicamente se reconocían y pagaban, bien sea mensual, trimestral, semestral, anual o quinquenalmente, dejan de tener el carácter de periódicos, pues ya se ha expedido un acto de reconocimiento definitivo, al momento de finiquitar la relación laboral.***

Siendo así, la Sala estima que en este caso, el demandante debió demandar oportunamente el acto en virtud del cual se suspendió el pago de los emolumentos pretendidos, el acto mediante el cual se produjo su homologación e incluso, reclamar oportunamente ante la administración su devolución al grado que venía ostentando en el escalafón de Suboficiales de la Policía Nacional, con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del término “nivel ejecutivo”, mediante sentencia C-417 de 1994, si no estaba de acuerdo con su continuidad en dicho nivel, y no esperar a que se produjera la desvinculación del servicio para hacer una reclamación provocando un pronunciamiento de la administración, pues se entiende que con dicha petición lo que pretendió fue revivir términos, razón suficiente para confirmar el fallo inhibitorio que declaró la caducidad de la acción.”⁶

De acuerdo con lo expuesto, se tiene entonces que las prestaciones periódicas son todas aquellas que el trabajador recibe habitualmente, **siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente**, se concluye que, tratándose de actos administrativos que niegan el pago de la diferencia salarial y prestacional de un servidor público retirado del cargo que ostentaba, en tanto suponen el no pago del emolumento, ya no puede predicarse la vigencia de la retribución, luego no tienen el carácter de prestación periódica y en consecuencia se encuentran sometidas a las reglas generales de la caducidad de la acción.

⁵ El cual no fue demandado.

⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A-. Sentencia del 13 de febrero de 2014. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente No. 47001233100020100002001 (1174-12)

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

DEL MARCO JURIDICO APLICABLE

La Ley 131 de 1985 “*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, estableció esta nueva modalidad de prestación del servicio militar, en los siguientes términos:

“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.

ARTÍCULO 3o. Las personas a que se refiere el artículo 2o. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.”

De acuerdo con lo expuesto, quienes venían prestando su servicio militar obligatorio, y hubiesen manifestado su intención de continuar en el desempeño de dichas labores, siendo aceptados por el respectivo comandante, podrían continuar prestando el servicio militar de forma voluntaria por un lapso no menor a doce (12) meses, momento a partir del cual quedan sujetos a las disposiciones que regulan a los soldados de las fuerzas militares.

En lo que se refiere a su forma de remuneración, el artículo 4º de la mentada normatividad refiere lo siguiente:

“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.”

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

Ulteriormente, y con fundamento en lo dispuesto en la Ley 578 de 2000, a través del cual el legislador facultó al presidente de la República para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía, se expidió el Decreto 1793 del 2000 “*Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”, en el que se regula lo concerniente a la condición de soldado profesional, su selección e incorporación a las fuerzas militares, así como lo referente a su régimen salarial y prestacional.

En lo que respecta, a la incorporación de los soldados voluntarios como soldados profesionales, señaló en forma expresa:

“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.

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.”

En ese orden de ideas, quienes venían vinculados como soldados voluntarios, en los términos establecidos en la Ley 131 de 1985, tendría la posibilidad de incorporarse a las Fuerzas Militares, como soldados profesionales, siempre y cuando así lo manifestasen, quedando sujetos al régimen dispuesto para estos, es decir, para los soldados profesionales, contenido en el Decreto 1793 de 2000.

De otra parte, y frente al régimen salarial de este personal incorporado el artículo 38 de la disposición en mención, señaló:

“ARTÍCULO 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los régimen salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”(Negrilla fuera del texto)

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

Así las cosas y en desarrollo de la ley marco, dispuesta por el legislador en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional, 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 el que establece de forma diáfana, cuál será la asignación mensual que devengarán los soldados profesionales:

“ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 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%).”
(Negrillas fuera del texto original)

Más adelante en el párrafo del artículo 2º, dispone en forma concreta en relación con los soldados voluntarios incorporados, lo siguiente:

“(…)
PARAGRAFO. 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.”

Con fundamento en lo reseñado, se colige que aquellos soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000, en virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares, acogidos al régimen prestacional designado para éstos, pero conservando, en virtud del Decreto 1794 de 2000, una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Visto lo anterior, puede concluirse que existen dos formas de remuneración para quienes se desempeñan como soldados profesionales, los primeros vinculados por primera vez en tal calidad, quienes tendrían derecho a devengar un salario mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta (40%) del mismo salario, y los segundos, corresponden aquellos que venían vinculados como soldados voluntarios y resultaron incorporados como soldados profesionales, pero a quienes se les

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

conserva el régimen salarial previsto en la ley 131 de 1985, esto es, tendrían derecho a percibir un salario mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo.

Para mayor ilustración de lo expuesto, tenemos:

FORMA DE VINCULACIÓN	SOLDADOS PROFESIONALES
SOLDADOS VOLUNTARIOS INCORPORADOS Ley 131 de 1985 (Art. 1º inciso 2º Decreto 1794 de 2000)	Bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.
VINCULADOS POR PRIMERA VEZ A PARTIR DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2000 (Decreto 1794 de 2000)	Salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% , del mismo.

Por lo expuesto, se tiene entonces que el Gobierno Nacional, lo que intentó a través de esta disposición, es conservar los derechos adquiridos de quienes, habiendo prestado sus servicios como soldados voluntarios, resultaron posteriormente incorporados como soldados profesionales, para lo cual mantuvo la asignación salarial que se previó para ellos, en la Ley 131 de 1985.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha tenido de oportunidad de pronunciarse, en sentencia del 06 de agosto de 2015, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente Nro. 660012333000201200128-01 (N.I 3583-2013), al precisar lo siguiente:

“Bajo este supuesto, a juicio de la Sala las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985.

En este punto estima la Sala, relevante recordar, que el Decreto 1793 de 2000 en su artículo 38 dispuso que le correspondía al Gobierno Nacional expedir los regímenes salariales y prestacionales de los Soldados Profesionales, con estricta observancia a las disposiciones de la Ley 4 de 1992 y, en todo caso, respetando los derechos adquiridos de quienes ya venían vinculados al servicio.

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

Precisamente, y sobre este particular, cabe destacar para el caso que la Ley 4 de 1992 en su artículo 2 estableció entre los criterios y objetivos que debe seguir el Gobierno Nacional, para fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos: “El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.”.

(...)

En otras palabras, el hecho de que en vigencia del Decreto 1794 de 2002 los Soldados Voluntarios incorporados como Soldados Profesionales sigan devengando el incremento del 60% sobre su salario no constituye, en estricto sentido, a una decisión producto del arbitrio del Presidente de la República al ejercer la facultad con que cuenta para fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, sino al respeto y la garantía por los derechos que legal y justamente habían adquirido quienes en otrora se desempeñaron como Soldados Voluntarios.

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 constitucional.

En el mismo sentido, y en reciente **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN de fecha 25 de agosto de 2016, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, la Sala Plena del H. Consejo de Estado**, sobre este tema en particular, precisó:

“(...)

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

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%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

(...)

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldaos voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibía las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

*La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, **tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.***

Así las cosas, el H. Consejo de Estado consideró que aquellos soldados voluntarios, que posteriormente resultaron incorporados como soldados profesionales, no perdieron su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 1º inciso 2º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, sino que por el contrario lo que pretendió el Gobierno Nacional con la expedición de los Decretos 1793 de 1794 de 2000, fue garantizar la protección de los derechos adquiridos de quienes ya venían prestando su servicios, pero en calidad de soldados voluntarios.

CASO CONCRETO

DEL FENÓMENO DE CADUCIDAD

Descendiendo al caso particular, se observa que lo pretendido, por el señor JHON FREDY GAMBA, es el reconocimiento de las diferencias salariales y prestacionales equivalentes al 20% del salario básico, que se generaron desde el momento en que paso de ser soldado voluntario y fue incorporado como soldado profesional, según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, a partir del cual asegura se desmejoraron sus derechos, generando un detrimento patrimonial salarial del 20%.

La anterior, petición fue resuelta en forma desfavorable por la entidad, mediante el oficio No. 20165660730301: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 9 de junio de 2016, suscrito por el Jefe de Procesamiento de Nomina del Ejército Nacional, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de las diferencias salariales reclamadas.

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

Visto lo expuesto y teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales sentados por el H. Consejo de Estado, se tiene entonces que la connotación de prestación periódica se encuentra ahora supeditada a la vigencia o no del vínculo laboral, pues como ha reiterado el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, de no ser así, se produciría la indefinición de los conflictos.

Bajo este panorama, para esta Corporación es absolutamente claro que en el presente asunto, la pretensión del demandante se encuentra encaminada al reconocimiento y pago de **diferencias salariales y prestacionales** equivalente al 20% de salario básico, desde que paso de ser soldado voluntario a soldado profesional, a partir del 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha de su retiro, la cual según como se denota en la respectiva hoja de servicios y certificación salarial, vista a folio 12 del cuaderno principal del expediente digital, aconteció a partir del **30 de marzo de 2016**.

Ahora bien, como el demandante solicitó el pago de las diferencias salariales y prestacionales el día **26 de mayo de 2016**, se tiene que para ese momento los conceptos reclamados no ostentan la calidad de prestación periódica, **en razón a que el vínculo laboral del cual provenían había finiquitado**.

En ese orden de ideas, al presente caso le es aplicable la regla general de caducidad para el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecida en el artículo 138 y 164 numeral 2, literal d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual la demanda deberá presentarse dentro del término de **cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso.**

Que para el caso *sub judice*, el término que se debe tener en cuenta para efectos de la caducidad, no es otro que un día después de la notificación de los actos administrativos expedido por el Jefe de Sección de Procesamientos de Nómina del Ejército Nacional, siendo concretos, y en relación con el oficio No. 20165660730301: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 9 de junio de 2016; sin embargo, el A Quo al no evidenciar constancia de notificación, en audiencia inicial celebrada el 04 de julio de 2018, ordenó a la demandada que allegara la constancia de notificación en aras de poder determinar si había operado el fenómeno de caducidad.

Por lo anterior, el día 09 de octubre de 2018 la entidad demandada allegó oficio No. 20183171940551, donde manifiesta lo siguiente⁷:

⁷ Ver folios 132 y 136 del expediente digital.

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

“(...) de acuerdo a lo reportado por la sección de registros de la Dirección de Personal del Ejército, no se encontró dentro del registro de la documentación, el certificado de envío del mencionado de oficio, sin embargo, se nos informa que el mencionado radicado no se encuentra registrado dentro de los oficios devueltos al remitente, siendo efectiva su entrega dentro de los 10 días a su expedición (...)”

Atendiendo lo relacionado anteriormente, evidencia la Sala que a pesar de los múltiples requerimientos efectuados por el juez de primera instancia hacía la entidad demandada, para que aportara la prueba que acreditara la fecha en que fue notificado el oficio demandado a la parte actora, la misma no fue allegada, sin que a la fecha exista algún documento que demuestre la fecha real de su notificación.

Para lo cual es menester traer a colación providencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 29 de enero de 2014, C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proferida dentro del proceso con radicación No. 25000-23-42-000-2012-01180-01(4091-13), donde analizó un caso bajo los mismos contornos al que hoy es objeto de estudio, donde no hubo prueba de la fecha en que se notificó el acto administrativo demandado, para lo cual señaló:

“(...) lo que no se acreditó en el presente asunto pues no obra en el plenario la prueba de la existencia de la notificación de cada una de las liquidaciones de cesantías que fueron causadas durante la relación laboral entre la demandante y la entidad pública demandada. (...) En este orden de ideas, no existiendo constancia de la notificación de los actos administrativos de liquidación de las cesantías correspondientes a la actora, ni del oficio CNP 61476 del 26 de noviembre de 2004, la providencia impugnada merece ser revocada íntegramente por infundada. Se dispondrá la devolución del expediente al Tribunal de origen para que disponga la continuación de la audiencia inicial hasta agotar su finalidad, poniéndole de presente que, en procura de garantizar los principios de celeridad y economía procesal, deberá superar todas las etapas previstas por el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, y solo al final de la misma se pronunciará sobre la decisión y concesión de los recursos que eventualmente llegaren a interponer las partes para disponer el envío del expediente al superior, si fuere el caso.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

En ese orden de ideas, la entidad demandada al no cumplir con la carga de la prueba que le correspondía, como era el deber de aportar la constancia de notificación del acto administrativo demandado, al no contar con dicho documento en la base de datos, mal haría la Sala en entrar a computar el fenómeno de caducidad, desde la fecha de expedición del acto

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

administrativo, ya que el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fue preciso en establecer que los cuatro (4) meses se deben contar a partir de su notificación, fecha de la cual no se tiene conocimiento.

Por consiguiente, se comparte la decisión del Juez de primera instancia al haber negado la prosperidad de la excepción de caducidad, ante la ausencia de la fecha de notificación del acto administrativo demandado, pues se itera, que la entidad accionada no cumplió con la carga probatoria que le correspondía a pesar de los diversos requerimientos, y dando aplicación a los principios de favorabilidad y pro operario, se debía estudiar de fondo el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tal y como lo hizo el A Quo.

DE LA RELIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES CON EL 20% ADICIONAL

Pretende el demandante a través del ejercicio del presente medio de control, la nulidad del acto administrativo proferido por la entidad demandada, que negó el reajuste salarial del 20% como diferencia salarial resultante entre el valor que percibió por bonificación mensual como soldado voluntario y el salario mensual devengado como soldado profesional, a partir del 1º de noviembre de 2003 y hasta la fecha en que se mantuvo en servicio activo.

Que de acuerdo, con lo probado dentro del plenario, el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada, en los siguientes grados y tiempos:

Descripción	Fecha inicial	Fecha terminación
Soldado regular	03/03/1995	31/08/1996
Soldado voluntario	15/10/1996	31/10/2003
Soldado profesional	01/11/2003	30/12/2015

Revisado lo anterior, puede colegirse que el señor JHON FREDY GAMBA, en un principio ingresó al Ejercito Nacional, prestando su servicio militar obligatorio, que posteriormente paso a ser soldado voluntario, por lo que automáticamente su asignación mensual se encontraba dispuesta conforme lo prevé, la Ley 131 de 1985, finalmente y a partir del 01 de noviembre de 2003, ingresó a ser soldado profesional, calidad que ostentó, hasta el momento en que adquirió su derecho pensional.

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

En ese orden de ideas, se tiene entonces que, el demandante al ser vinculado inicialmente como soldado voluntario y posteriormente, como soldado profesional, se encontraba inmerso en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 5° del Decreto 1793 de 2000, y, en consecuencia, conservaba su derecho a percibir el incremento equivalente al 60% del salario mínimo legal mensual vigente.

Así las cosas, y tomando como ejemplo los años 2003 a 2011, tenemos que la remuneración que en su oportunidad debían percibir los soldados profesionales, dependiendo de si fueron vinculados por primera vez o si venían incorporados como soldados voluntarios, debió ser la siguiente:

Año	S.M.L.M.V	S.M.L.M.V + 40%	S.M.L.M.V + 60%
2003	332.000	464.800	531.200
2004	358.000	501.200	572.800
2005	381.500	534.100	610.400
2006	408.000	571.200	652.800
2007	433.700	607.180	693.920
2008	461.500	646.100	738.400
2009	496.900	695.660	795.040
2010	515.000	721.000	824.000
2011	535.600	749.840	856.960

Que para el caso del aquí demandante y al verificar la información que reposa en el plenario, se tiene que para el mes de noviembre y diciembre de 2003, el demandante recibió como asignación básica la suma de **\$464.800**, para el año 2004 percibió la suma de **\$501.200** y por último para el año 2005, recibió por concepto de sueldo básico la suma de **\$534.100**, circunstancia que permite colegir claramente que al accionante, se le reconoció como asignación básica un salario mínimo legal vigente para la época de su causación incrementado en un 40%, y **NO** como lo disponía el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es, incrementado en un 60%.

En consecuencia, tal y como lo consideró el A Quo, le asiste derecho a la parte demandante, al reconocimiento de las diferencias salariales y prestacionales reclamadas, sin perjuicio de aquellos reajustes que se

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción, valores que tienen incidencia en su asignación de retiro, siendo procedente modificar la hoja de servicios del actor, tal y como se ordenó en la sentencia recurrida.

Así las cosas, y habidas las consideraciones precedentes, esta Corporación encuentra que el fallo proferido el día 13 de marzo de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, debe ser **CONFIRMADO**.

➤ **De la Condena en Costas**

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en concordancia con el numeral 4º del artículo 365 y el artículo 366 del Código General del Proceso, condénese en costas de esta instancia a la entidad demandada, a quien se le resolvió de forma desfavorable el recurso interpuesto, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia del 13 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por el señor JHON FREDY GAMBA contra LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - Condénese en costas de esta instancia a la entidad demandada, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas. Por Secretaría líquidense

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Expediente: 73001-33-33-005-2017-00010-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Fredy Gamba
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional

TERCERO. - Sin costas para la parte actora, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

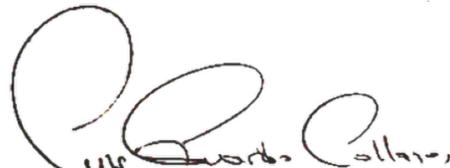
CUARTO. - Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen.

Atendiendo las pautas establecidas por la Presidencia de la República en el En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notifica a las partes por este mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRIGUEZ
Magistrado