



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 16 de marzo de 2017

Expediente: 66-001-23-33-000-2013-00038-01
N.º Interno: 0168-2014
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luis Antonio Olarte Valencia
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército
Nacional

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-023-2017

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Luis Antonio Olarte Valencia en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.¹

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Decisión de excepciones previas art. 180-6 CPACA

¹ Hernández Gómez William, Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

«[...] Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo [...]»²

A folio 108 y CD a folio 127, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] No fue propuesta por la entidad demandada en el asunto de la referencia ninguna de las previstas en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, ni las señaladas en el artículo 180 numeral 6 ibídem.

No obstante lo anterior, la suscrita encuentra probada y así lo declarará de oficio, la excepción de prescripción toda vez que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento y pago del detrimento salarial configurado con la diferencia equivalente al 20% y su respectiva indexación el 26 de diciembre de 2011, por lo que las sumas que se hayan causado con anterioridad al 26 de diciembre de 2008 quedaron comprendidas por el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia se declara probado dicho medio exceptivo, de tal manera que en el evento de salir avante las pretensiones formuladas en la demanda, se tendrán por prescritas las sumas causadas con anterioridad a la mencionada fecha.

El señor apoderado de la parte demandada, solicita que se declare la prescripción trienal de conformidad con el Decreto 1548 de 1969 y no cuatrienal [...]»

Contra esta decisión no se presentaron recursos, ni hubo pronunciamiento del *a quo* sobre la solicitud del apoderado de la entidad demandada.

² Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

Fijación del litigio art. 180-7

«[...] La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.[...]»³

A folio 108 a 113 y CD a folio 127 en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto de las pretensiones, los hechos y el problema jurídico, así:

Pretensiones

«[...] 1.- Se declare la nulidad del Oficio 20125660013731 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de 5 de enero de 2012 mediante el cual el Subdirector de Personal del Ejército negó el derecho reclamado por el demandante a devengar remuneración en calidad de soldado profesional.

2.- A título de restablecimiento solicitó se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago al demandante del detrimento salarial equivalente al 20% mensual, además de sus correspondientes prestaciones sociales (primas, subsidios, cesantías e indemnizaciones) y demás emolumentos a que haya lugar; con efectividad a partir del 1.º de noviembre de 2003, hasta la fecha en la cual adquirió el estatus de beneficiario de la asignación de retiro.

3.- Que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago a favor de la parte actora, del ajuste del valor sobre las sumas pedidas y los intereses moratorios causados sobre las sumas que sean reconocidas, así como a las costas procesales y que se dé cumplimiento a la sentencia [...]»

Las partes estuvieron de acuerdo.

Fundamentos fácticos

«[...] 1.- El demandante se desempeñó como soldado profesional en las Fuerzas Militares de Colombia –Ejército nacional por más de 20 años.

³ Hernández Gómez William, Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

2.- La Ley 131 de 1995 creó el cargo de soldado voluntario, para el cual previó una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

3.- Posteriormente, mediante el Decreto 1794 de 2000, se estableció que los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares devengarían un salario mínimo mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40%; sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2.º, que dispuso que quienes a 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados, de acuerdo a la Ley 131 de 1985, percibirían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

4.- Aduce el demandante que el Decreto 1794 de 2000 fue claro en establecer que se aplicaría a soldados profesionales que ingresaran después de la entrada en vigencia de la norma; y que sin embargo fue aplicado a todos los soldados voluntarios y a los catalogados con posterioridad a dicha norma como profesionales, generando un detrimento salarial del 20% a los soldados que se encontraban activos antes de la expedición del referido Decreto.

5.- El 26 de diciembre de 2011, el demandante radicó derecho de petición ante la entidad demandada para el reconocimiento y pago del detrimento salarial y su respectiva indexación, causado desde el mes de noviembre del año 2003 al pasar de soldado voluntario a profesional.

6.- La entidad dio respuesta negativa a dicha solicitud a través del oficio demandado, decisión de la cual el demandante se notificó por conducta concluyente el 16 de mayo de 2012 [...]»

Las partes estuvieron de acuerdo.

Problema jurídico fijado en el litigio

«[...] El litigio se circunscribe al estudio de los cargos de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 20125660013731 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM del 5 de enero de 2012, suscrito por el Subdirector de personal del Ejército Nacional, para establecer si, en virtud de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, le asiste al demandante el derecho a

devengar una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% por encontrarse vinculado como soldado y de acuerdo con la Ley 131 de 1995 [...]»

Las partes estuvieron de acuerdo.

SENTENCIA APELADA⁴

El *a quo* profirió sentencia en la audiencia inicial en la cual accedió a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Después de realizar un recuento de la normativa aplicable señaló que el salario básico del demandante en su calidad de soldado profesional debía ser equivalente a un salario mínimo mensual más un incremento del 60%, conforme a la Ley 131 de 1985 toda vez que se vinculó como soldado voluntario desde 1990.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que si bien conforme el artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 el incremento señalado para el salario básico de los soldados profesionales se redujo en un 20%, esta misma normativa excluyó a los soldados profesionales vinculados con anterioridad a diciembre 31 de 2000, como es el caso del demandante.

En este sentido, indicó que la decisión de la entidad demandada de negarle la reliquidación de su asignación de retiro con la diferencia del 20% sobre el incremento mensual a que tenía derecho como soldado profesional desconoce los parámetros fijados por el Decreto 1794 de 2000.

Adicionó que la entidad demandada incurrió en desmejora de los

⁴ Folios 111 a 123

derechos adquiridos por el demandante, quien se encontraba vinculado con anterioridad al 2000 como soldado voluntario, al aplicar tanto a éste como a los soldados vinculados con posterioridad a la expedición del nuevo régimen salarial y prestacional contemplado para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, lo previsto en el inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, esto es, le otorgó una asignación básica mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, lo que genera un detrimento salarial del 20%, en tanto le era aplicable el inciso segundo del mismo artículo.

Adujo que la interpretación que favorece salarialmente a los soldados voluntarios que luego se incorporaron como profesionales, no desconoce el principio de inescindibilidad de las normas previsto en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, porque prevalecen los principios de respeto por los derechos adquiridos y de favorabilidad.

Por tanto, declaró la nulidad del acto demandado y ordenó el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales por el período comprendido entre el 26 de diciembre de 2008 y el 1.º de marzo de 2009, pero con efectos fiscales a partir del 26 de diciembre de 2008 por prescripción trienal en virtud del inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, tomando como base una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, con su respectiva indexación.

RECURSO DE APELACIÓN⁵

El apoderado de la demandada presentó recurso de apelación contra la anterior decisión por considerar que desde el año 2003 el demandante se cambió de manera voluntaria y sin ninguna coerción a ser soldado profesional y, en esa medida adquirió los derechos salariales y

⁵ Folios 128 a 135

prestacionales de dicho régimen y renunció al régimen prestacional de los soldados voluntarios.

Indicó que al ser soldado profesional en ningún momento se le desmejoró su salario, toda vez que lo que se modificó fue la bonificación que pasó a ser del 40% y se le compensó con la adición de otros emolumentos.

Finalmente indicó que el artículo 1.º del inciso 2.º del Decreto 1794 de 2000 reguló la forma de reconocer la prima de antigüedad de los soldados y señaló que lo pretendido por el legislador es que a los soldados que a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como voluntarios, se les permita llegar hasta el tope máximo del 60% por prima de antigüedad y no limitarlos al 58.5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁶: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Parte demandada⁷: Indicó que el hecho de que los soldados voluntarios que adquirieron la categoría de soldados profesionales hayan visto disminuido en un 20% el incremento dispuesto en el Decreto 1794 de 2000 no constituye *per se* una vulneración a sus derechos adquiridos sino una redistribución de sus ingresos.

Precisó que, los soldados voluntarios en vigencia de la Ley 131 de 1985 percibían como contraprestación a sus servicios una bonificación equivalente a un salario mínimo mensual incrementada en un 60%, circunstancia que varió con la expedición del Decreto 1794 de 2000 toda vez que, a partir de ese momento, los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales empezaron a

⁶ Folios 187 a 190

⁷ Folios 199 a 204

devengar un salario incrementado en un 40% y prestaciones de naturaleza social.

Así las cosas, la reducción del incremento previsto en el artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 se hizo necesaria para efectos de garantizar el reconocimiento prestacional a los soldados profesionales incorporados y, adicionalmente, para no vulnerar el derecho a la igualdad de los Soldados Profesionales que ingresaron a las filas con posterioridad a la entrada en vigencia del referido decreto.

Finalmente, adujo la entidad accionada que con la expedición del Decreto 1794 de 2000 desapareció la categoría de soldados voluntarios prevista en la Ley 131 de 1985, razón por la cual no es posible como lo pretende el demandante solicitar hoy la aplicación de unas normas que perdieron su vigencia con ocasión de la desaparición de sus destinatarios, esto es, los Soldados Voluntarios.

Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto en esta instancia como se observa a folio 205 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

⁸ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

1. ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales por el período comprendido entre el 26 de diciembre de 2008 y el 1.º de marzo de 2009 con base en una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% conforme al inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante en calidad de soldado profesional tiene derecho al reconocimiento y pago de las diferencias salariales reclamadas, con base en los argumentos que proceden a explicarse:

Régimen salarial de los soldados profesionales

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

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

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

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

En el párrafo del artículo 5.º, señaló la posibilidad de que los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como soldados profesionales, a partir del 1.º de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la «prima de antigüedad» a la que tenían derecho, así:

«[...] PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen. [...]»

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

En efecto, indicó que los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares, esto es, por primera vez a partir de la vigencia del referido decreto, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Por su parte, los soldados voluntarios, es decir, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas

Militares de acuerdo con los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su incorporación como soldados profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

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

Sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado

Esta Sección en sentencia de unificación jurisprudencial⁹ de 25 de agosto de 2016 indicó que con base en el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 los soldados voluntarios que posteriormente a su vinculación fueron incorporados como profesionales tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%.

Lo anterior, toda vez que ante la incorporación masiva de soldados voluntarios al régimen de carrera de los soldados profesionales del Ejército Nacional les canceló un salario equivalente a un mínimo legal mensual incrementado en un 40%, con base en el inciso 1.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, lo cual, desconoce el régimen de

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16

transición para los soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales, circunstancia que vulnera sus derechos adquiridos. En efecto, la Sección señaló:

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

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados 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 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 percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico; es necesario precisar a continuación los efectos prestaciones del reajuste salarial del 20% reclamado. [...]»

Así mismo fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

1. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto

Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1.º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

2. De igual manera, el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, indicó que 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%.
3. 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.
4. 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 cuatrienal de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968¹⁰ y 1211 de 1990, respectivamente.

En el presente caso, se tiene lo siguiente:

- i). El demandante según hoja de servicios que obra a folio 91 prestó sus servicios así:

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

Grado	Fecha de inicio	Fecha de finalización
Soldado regular	14 de septiembre de 1988	30 de mayo de 1990
Soldado voluntario	1 de junio de 1990	31 de octubre de 2003
Soldado profesional	1 de noviembre de 2003	30 de noviembre de 2008
Asignación de retiro tres meses de alta	1 de diciembre de 2008	1 de marzo de 2009

ii). La asignación salarial mensual cancelada al demandante al momento de su cambio al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales fue de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%. Así se desprende del oficio demandado que obra a folios 26 a 28 del expediente al señalar:

«[...] Posteriormente el artículo contempla el régimen salarial del personal de soldados que al 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados de acuerdo con la Ley 131 de 1995, es decir, los soldados voluntarios, los cuales devengan una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Cabe señalar que dicho régimen es exclusivo de aquellos soldados que continúan bajo la calidad de soldados voluntarios.

Es así que una vez consultado el sistema de información de talento humano de la institución se pudo establecer que mediante Orden Administrativa de Personal 1175 del 20 de octubre de 2003 y con fecha de ingreso 01 de noviembre de 2003, el señor SLP LUIS ANTONIO OLARTE VALENCIA, fue vinculado como soldado profesional en los términos de acuerdo a lo preceptuado en el Decreto 1793 de 2000, motivo por el cual se hizo acreedor al régimen salarial y prestacional al personal de soldados profesionales contemplado en el artículo 1 párrafo 1 del Decreto 1794 de 2000, así:

Salario equivalente a un salario mínimo incrementado en un 40% al igual que producto de ese régimen se hacen acreedores a devengar prestaciones sociales, subsidio familiar, subsidio de vivienda, pensión por muerte, asignación de retiro, sustitución de pensión, salud a sus beneficiarios, capacitación y convenio de recreación entre otros [...]»

iii). Conforme la sentencia de unificación jurisprudencial citada, la interpretación adecuada del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 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 ese sentido, no le asiste razón a la entidad demandada al señalar que esta normativa señala que la prima de antigüedad para los soldados voluntarios fuera de máximo el 60%.

De lo anterior se colige que el demandante a 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 y posteriormente, el 1.º de noviembre de 2003 fue vinculado como soldado profesional.

Por tanto, conforme al inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 tiene derecho al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales del 20% de la asignación salarial mensual por el período comprendido entre el 26 de diciembre de 2008 por efectos de la prescripción trienal aplicada por el *a quo* «si se tiene en cuenta que presentó la reclamación el 26 de diciembre de 2011, folio 26». y el 1.º de marzo de 2009, fecha del retiro del servicio.

Es decir, se tendrá como base una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% conforme al inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000.

Prescripción de derechos

Sobre la prescripción de los derechos, es claro, que la sentencia de

unificación jurisprudencial citada señaló que en el presente caso se deberán aplicar las reglas que sobre prescripción cuatrienal de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.

No obstante, la decisión de aplicar la prescripción trienal no fue objeto de recurso de apelación por el demandante, por lo cual, dicha decisión no puede ser modificada en segunda instancia toda vez que en aplicación del principio de la *no reformatio in pejus*, no se puede hacer más gravosa la situación del apelante único, es decir, de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

En conclusión

Según la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la correcta interpretación del artículo 1º inciso 2º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

En el caso concreto, el señor Luis Antonio Olarte Valencia se desempeñaba como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre de 2000 y al ser vinculado como soldado profesional el 1.º de noviembre de 2003 tiene derecho a que se le cancele el reajuste salarial equivalente al 20% de su salario básico.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas.

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección¹¹ en el presente se impondrá condena en costas en segunda instancia a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, y, a favor del demandante toda vez que resulta vencido en el proceso de la referencia y el demandante intervino dentro de la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Risaralda que accedió a las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Luis Antonio Olarte Valencia contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

Segundo: Condenar en costas en segunda instancia a la parte demandada y a favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

¹¹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección "A" de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

Tercero: Por Secretaría y, a costa de la parte demandante, expídanse las copias solicitadas a folio 206 del expediente.

Cuarto: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

JCG/SMG

