

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Ref.: Acción de nulidad y restablecimiento. Sentencia. Modificación de línea horizontal. Reconocimiento y pago del 20% del salario por ser soldado profesional al 1º de diciembre de 2000. Cumplimiento de fallo de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Rectificación de línea.

Yopal, trece (13) de mayo de dos mil quince (2015).

Expediente: 85001-33-31-702-2012-00105-01

Demandante: NELSON GONZÁLEZ JAIMES

Demandada: NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO

Nulidad y restablecimiento

Magistrado ponente: HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en cumplimiento de la sentencia de tutela núm. 11001-03-15-000-2014-02433-01 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 29 de abril de 2015, que dejó sin efectos la sentencia del 31 de julio de 2014 proferida por esta Corporación y ordenó emitir nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en la parte motiva de dicho fallo (ff. 2 al 9, c. cumplimiento de tutela). Se busca el reajuste salarial y prestacional (equivalente al 20% del básico) de un exsoldado profesional del Ejército que actualmente goza de asignación de retiro. La entidad demandada apeló la sentencia estimatoria y la parte actora la declaratoria de la excepción de prescripción trienal.

HECHOS RELEVANTES

El señor Nelson González Jaimes se vinculó como *soldado regular* desde el 2 de mayo de 1991, el 18 de noviembre de 1992 fue aceptado como *soldado voluntario*; pasó a denominarse *soldado profesional* a partir del 1º de noviembre de 2003 y el 30 de mayo de 2011 fue retirado del servicio por tener derecho a asignación de retiro (f. 3).

Indica en el libelo que desde el 1º de noviembre de 2003 se denominó "*soldado profesional*" implicando una desmejora salarial del 20%, toda vez que de devengar \$531.200 pasó a ganar un sueldo básico de \$464.800.

Retirado del servicio, presentó derecho de petición solicitando el pago del reajuste del 20% en sus salarios y prestaciones sociales, reducido con ocasión del Decreto 1794 de 2000 (ff. 2 y 38); petición negada a través del oficio núm. 20115660822121 y confirmada mediante oficio núm. 20115660971741 (f. 5, 6 y 7).

ASUNTO LITIGIOSO

Se discute el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional de un exsoldado voluntario con asignación de retiro.

Según el **demandante**, tiene derecho al reajuste solicitado toda vez que al ser incorporado como soldado profesional debió continuar devengado un SMMLV incrementado en un 60%.

Para la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército no tiene derecho al reajuste acorde con el régimen especial de la Fuerza Pública, previsto en el Decreto 1794 de 2000, pues allí se consagraron a favor del demandante prestaciones que no tenía como soldado voluntario y no pueden mezclarse los contenidos de la Ley 131 de 1985 y su Decreto Reglamentario 370 de 1991 con lo previsto en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

DECISIÓN RECURRIDA

El juez segundo administrativo de descongestión de Yopal profirió sentencia el 19 de julio de 2013 en la que: i) declaró la nulidad de los actos acusados, ii) condenó a la demandada a liquidar y pagar al demandante las diferencias salariales y prestacionales que resulten de la aplicación del inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; esto es, 1 SMMLV incrementado en un 60%, en los periodos comprendidos desde del 12 de septiembre de 2008¹ hasta el 30 de agosto de 2011², iii) declaró la prescripción trienal de las diferencias salariales prestacionales causadas que sean anteriores al 12 de septiembre de 2008, y iv) se abstuvo de condenar en costas (f. 222).

Se refirió al contexto normativo que rige para los miembros de la Fuerza Pública, precisó que la figura de soldado voluntario³ desapareció bajo la denominación unificada de soldado profesional⁴ y se refirió a las diferencias

¹ En virtud de la prescripción trienal que decretó.

² Fecha en la cual fue retirado del servicio por tener derecho a la asignación de retiro.

³ Ley 131 de 1985.

⁴ Decreto Ley 1793 de 2000.

existentes entre las mismas, para ello se apoyó en pronunciamiento del Consejo de Estado⁵.

Resaltó que el decreto 1794 de 2000 prevé que los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000 no solo tendrán derecho a seguir percibiendo lo mismo (smlmv + 60%) sino que adicional a ello tendrían derecho a todas las prestaciones sociales que refiere la ley, que según lo previsto en la Ley 131 de 1985, la bonificación percibida por el soldado tiene la connotación de un derecho que pasó a formar parte del patrimonio del actor y que por consiguiente constituye un derecho adquirido.

Señaló igualmente que las prestaciones adicionales que prevé la norma, de las que antes no era titular el soldado, es claro que dichas partidas no son tenidas en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro de acuerdo a lo indicado por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 el cual establece el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, por lo que no se puede desconocer el derecho adquirido de los soldados voluntarios a tener un salario mensual equivalente al salario mínimo con incremento del 60%, porque al disminuirse dicho valor ello incide en la liquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que percibe el actor.

Indicó que se debe dar aplicación al precepto legal establecido en el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, el cual consagra que quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985 tendrían una remuneración equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, y que se demostró que el actor le reconocieron su salario básico incrementado en un 40%, situación que resulta contraria a la norma citada, en consecuencia, declaró la nulidad de los actos acusados, ordenó el pago de las diferencias salariales y prestacionales causadas a partir del 12 de septiembre de 2008 y hasta el 30 de agosto de 2011, fecha en la cual se retiró del servicio, y en virtud de la prescripción trienal, según el a quo, *porque se trata de una discusión sobre el reajuste de la asignación básica más (sic) no de la asignación de retiro*, (ff. 196 - 223, c.1).

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La *parte actora* (ff. 225 - 227, c.1) solicita revocar el numeral segundo de la sentencia proferida por el a quo para que en su lugar se declare no probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que el demandante, como

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 11 de junio de 2009, radicado 700012331000-2000-00692-01 (2311-08), ponente Gerardo Arenas Monsalve. Trató un problema jurídico muy diferente (permanencia en servicio de soldados voluntarios y profesionales; retiro por cumplirse edad límite).

muchos otros soldados profesionales, se encontraba en imposibilidad de presentar reclamaciones mientras estaba en servicio activo ya que al encontrarse en el área de combate no podían verificar lo que les cancelaban, pero cuando el actor se enteró de la desmejora hablaron con su superior y quisieron presentar una reclamación ante la Dirección de Personal del Ejército recibiendo como respuesta que si ponían una sola queja los daban de baja inmediatamente por la *"discrecionalidad"*.

Que solamente después de su retiro fue que pudo elevar las respectivas reclamaciones, igualmente señaló que no está de acuerdo con la decisión de aplicar la prescripción trienal ya que por tratarse de un soldado profesional se debe tener en cuenta que su vinculación es legal y reglamentaria por lo que le son aplicables las normas establecidas en el Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, en especial el artículo 174 que prevé la prescripción cuatrienal.

La entidad accionada (ff. 228 - 238, c.1) Solicitó revocar la sentencia apelada, en dicho memorial se transcribió en gran parte la contestación de la demanda.

Allí se argumentó que a los soldados voluntarios les fueron mejoradas las condiciones prestacionales, quedando cobijados con los mismos beneficios de los soldados profesionales, que con el nuevo régimen los soldados tiene derecho a devengar prestaciones sociales, además empezaron a recibir subsidio familiar, de vivienda, beneficio a acceso parcial a los beneficios de las cajas de compensación, devengan ahora prima de antigüedad y navidad.

Señaló que en aplicación del principio de igualdad y de confianza legítima no es dable al a quo mezclar el contenido de la Ley 131 de 1985 y su Decreto reglamentario 370 de 1991, con el de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 a fin de favorecer al demandante.

ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente arribó al despacho del sustanciador el 8 de octubre de 2013, 10 de octubre siguiente se admitió el recurso (f.3, c.3), sin novedades el 31 de octubre de 2013 se abrió etapa de alegaciones a la cual concurrieron las partes (ff. 7 - 10 7 y 11 -21, c. 3) y el Ministerio Público no conceptuó.

Se profirió fallo de segunda instancia el 31 de julio de 2014 siendo notificado a las partes, según certificación de la Secretaría, el 6 de agosto de esa anualidad (f. 36, c. cumplimiento de tutela), contra la anterior decisión el actor presentó Acción de Tutela ante el Consejo de Estado la cual fue resuelta en primera instancia por la Sección Cuarta el 5 de febrero de 2015, impugnada la

decisión la Sección Quinta del Consejo de Estado con ponencia de la consejera Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez mediante fallo del 29 de abril de 2015 revocó la sentencia del 5 de febrero de 2015 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que había negado la solicitud de amparo y en su lugar amparó los derechos fundamentales invocados por el actor, dejó sin efectos la sentencia del 31 de julio de 2014 y ordenó a este Tribunal proferir nuevo fallo siguiendo los lineamientos señalados por ella en este asunto.

Resumen de los alegatos. *Parte actora* (fol. 7 c.3) después de transcribir los antecedentes de la demanda y la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, reprodujo los argumentos expuestos en el recurso de apelación, por último solicitó que se revoque la sentencia en lo que fue objeto de apelación, es decir, lo relacionado con la prescripción trienal, apoyó sus argumentos en un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁶.

Entidad Accionada (ff. 11 al 21, c.3) dentro de sus alegatos de conclusión insistió en que se verificara la fecha de notificación del acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, lo anterior, porque según la entidad, el último acto tiene fecha de 4 de noviembre de 2011 lo que quiere decir que tenía plazo para interponer la demanda hasta el 5 de marzo de 2012, que presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación el 24 de febrero de 2012 suspendiendo lo términos hasta el 26 de marzo cuando se realizó la audiencia por lo que el término para presentar la demanda vencía el 09 de abril de 2012 y la demanda fue presentada el 4 de mayo de 2012, por lo que cree que para esa fecha ya había operado la caducidad de la acción.

Igualmente indicó que se debe declarar la excepción de falta de competencia ya que según se extrae del hecho núm. B-24 el último lugar donde prestó sus servicios el demandante fue la ciudad de Bogotá por lo que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el literal c) del artículo 134D, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 43 del C.C.A.

También hizo referencia a las excepciones de carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada e inactividad injustificada del interesado y prescripción de derechos laborales.

Por último reprodujo los argumentos presentados con la contestación de la demanda y la apelación.

⁶ Sentencia 25 de octubre de 2012, ponente César Palomino Cortez, demandante: Andrés Pineda Reales, sin más datos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Examen procesal.

Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P, en armonía con los arts. 207 de la Ley 1437 y 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal. La competencia es privativa del Tribunal para desatar la segunda instancia de un fallo que proviene de un juzgado de su Distrito. Y es por orden, mediante tutela, del superior funcional que se profiere nuevo fallo en el sub lite.

Alcance de la apelación.

Puesto que la sentencia de primer grado estimó las pretensiones, la censura de la demandada propone la revocatoria total, para que en su lugar se denieguen las pretensiones, y la parte actora no está de acuerdo con la excepción de prescripción trienal declarada por el a quo.

De las excepciones propuestas.

La parte demandada insistió en que se presenta caducidad de la acción y la falta de competencia, a pesar de que fueron resueltas en primera instancia se señalará lo siguiente:

Caducidad:

- ✓ El actor presentó derecho de petición al comandante del Ejército Nacional solicitando el reajuste del 20%, se resolvió mediante oficio núm. 20115660822121 de 26 de septiembre de 2011.
- ✓ Interpuso recurso de reposición contra el anterior oficio el cual fue resuelto negativamente el 4 de noviembre de 2011.
- ✓ Presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación el 24 de febrero de 2012; la audiencia se celebró el 26 de marzo de esa anualidad.
- ✓ La demanda fue interpuesta el 4 de mayo siguiente.

Tenemos entonces que no hay fecha de notificación del acto administrativo proferido el 4 de noviembre de 2011 el cual resolvió la reposición de la solicitud presentada por el actor sobre el reconocimiento del 20%, luego el término para contar la caducidad empezaría el 5 de noviembre de 2011, el

cual fue suspendido el 24 de febrero de 2012 con la solicitud de audiencia de conciliación ante la Procuraduría; llevada a cabo el 26 de marzo de 2012 empezaban a correr los términos los cuales vencían el 4 de mayo de 2012, fecha en que fue presentada la demanda, es decir, se presentó dentro del término legal por lo que dicha excepción no está llamada a prosperar como lo indicó el a quo.

Respecto de la falta de competencia alegada por la apoderada de la demandada solamente hay que decir que si bien es cierto la parte demandante señala que el último lugar donde prestó sus servicios el actor fue la ciudad de Bogotá, las pruebas indican todo lo contrario, a folio 49 del cuaderno principal se encuentra certificación de la última unidad en la que laboró el señor Nelson González Jaimes y fue el grupo de Caballería Mecanizado Núm. 16, Guías de Casanare de la ciudad de Yopal.

Las otras dos excepciones: *Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demanda e inactividad injustificada del interesado y prescripción de derechos laborales*, la Sala considera que lo que buscan es atacar el derecho reclamado, razón por la cual se desatarán con la decisión de fondo previo análisis jurídico y fáctico.

Medios y hechos relevantes probados:

1. El señor Nelson González Jaimes ingresó al Ejército Nacional el 2 de mayo de 1991, como soldado regular; el 18 de noviembre de 1992 se desempeñó como soldado voluntario hasta el 30 de mayo de 2011 cuando fue desvinculado con derecho a asignación de retiro (f. 235, c.pb.).
2. El 12 de septiembre de 2011 solicitó el pago del reajuste del 20% en sus salarios y prestaciones sociales, deducidos desde noviembre de 2003 (ff. 2 al 04, c. p.); petición negada a través del oficio núm. 20115660822121 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NON toda vez que al ser reincorporado como soldado profesional no pueden ser cancelados haberes que no se consagran para dichos servidores en el Decreto 1794 de 2000 (f. 6).
3. La anterior decisión fue recurrida y a través del Oficio núm. 20115660971741 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NON del 04 de noviembre de 2011, se resolvió el recurso de reposición sin acceder a lo pedido (f. 7).

4. Se establecieron igualmente las remuneraciones que devengaban los soldados voluntarios y profesionales, con los siguientes resultados⁷ (ff. 197 - 200, c.pb.).

	Soldados voluntarios Ley 131 de 1985	Soldados profesionales Decreto 1794 de 2000
Remuneración	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%	1 SMLMV incrementado en un 40%
Prima de antigüedad	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%
Prima de navidad	1 SMLMV	½ SMLMV
Prima de servicios	No tenían	½ SMLMV
Prima de vacaciones	No tenían	½ SMLMV
Prima de orden público (casos específicos)	No tenían	25% sobre el salario básico
Vivienda familiar	No tenían	Acceso a beneficios

La tesis que ha mantenido esta Corporación en la línea reiterativa en estos procesos donde se solicita el reconocimiento y pago del 20% del reajuste del salario de los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales a partir del 1° de noviembre de 2003 era, en términos generales: *“que los soldados voluntarios que se acogieron al régimen de los soldados profesionales a partir del 1° de noviembre de 2003, no tenían derecho a la acumulación del monto de la bonificación preexistente con las nuevas garantías de una verdadera relación laboral”*, para llegar a eso se tomaron dos problemas jurídicos de fondo, así:

“(…)

4.1.1 *Tesis. Sí, porque no existe derecho subjetivo a la permanencia de un determinado sistema de remuneración, de manera que puede ser variado sin menoscabo de los derechos ya adquiridos, esto es, incorporados al patrimonio del servidor público y siempre que no constituyan regresión respecto de los beneficios laborales introducidos por el ordenamiento.*

4.1.2 *Las personas que sirven al Estado en virtud de relación legal y reglamentaria no pactan condiciones de remuneración; las fija unilateralmente el Gobierno, en virtud de la competencia compartida que consagra el art. 150, numeral 19 literal “e” de la Carta⁸. Por ello, en rigor, no existe un derecho subjetivo a la intangibilidad de un sistema de remuneración (salarios o prestaciones), pues el Estado puede introducir variaciones pro futuro, sin*

⁷ Oficio 20125661336781 MDN-CGFM-CE-JEJEDH-DIPER-NOM fechado 21 de diciembre de 2012 que describe los emolumentos laborales y sus montos que devengaban quienes prestaban el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985 a 31 de diciembre de 2000 y los que empezaron a devengar los soldados profesionales a partir del 1 de enero de 2001.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-402 de 2013, ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Aunque se refiere a servidores territoriales, reitera el alcance de la facultad del Gobierno de reglamentar *leyes marco* y los efectos de los decretos. Similar enfoque puede verse en CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”, C.P.: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia del 15 de septiembre de 2011, Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00046-02(1078-11).

afectar los derechos adquiridos, esto es, el reconocimiento y pago de los que ya han sido efectivamente causados e incorporados al patrimonio del trabajador⁹.

4.1.3 No obstante, esa facultad de modificación no es absoluta; además del respeto a las situaciones administrativas consolidadas y, en algunos casos definidos expresamente por la ley, de la inmutabilidad transitoria de expectativas legítimas objeto de especial protección, la relativa libertad de configuración normativa está restringida por los lineamientos que fijen la respectiva ley marco o los decretos ley, o se disponga desde la Carta o el bloque de constitucionalidad; igualmente, por principios derivados de la art. 53 Superior, tales como el de progresividad y el de condición más beneficiosa cuando surjan "fronteras porosas" entre los preceptos que puedan aplicarse.

(...)".

4.1.5 Lo que se indica en precedencia presupone que los sistemas de remuneración que se pretenda comparar sean simétricos, esto es, de naturaleza jurídica semejante; además, que se tomen en consideración todos los elementos que los integran para inferir razonadamente si el nuevo erosiona efectivamente el núcleo esencial de las garantías ya consagradas en el ordenamiento.

Por ello no basta confrontar aisladamente alguno de los factores o emolumentos de servicio para inferir regresividad; menos, centrar la atención exclusivamente en la contraprestación básica que se obtuviera en un modelo de vinculación no laboral, con la que sirva de punto de partida de otro más complejo, de verdadero vínculo laboral, acompañado de las prestaciones asistenciales, económicas y demás beneficios propios de los trabajadores dependientes.

4.1.6 El marco abstracto que precede orientará las inferencias que deban hacerse al comparar el modelo normativo de soldados voluntarios, excluidos en su época del reconocimiento de vínculo laboral efectivo, con el de soldados profesionales, para quienes la progresividad del ordenamiento extendió un régimen ampliado de emolumentos de servicio, a partir de su reconocimiento como servidores públicos sometidos a una situación administrativa legal y reglamentaria, intermedia entre la simple conscripción (cumplimiento de un deber constitucional) y la carrera militar propiamente dicha.

Esto es, la Sala no se someterá a la escueta comparación entre la bonificación de 1,6 SMLMV (soldado voluntario) y 1,4 SMLMV (soldado profesional), pues

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-258/13, ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, acerca de la intangibilidad relativa de los derechos adquiridos y la ponderación entre restricciones a los fundamentales y la sostenibilidad fiscal. Otros matices de similar razonamiento pueden verse en las sentencias SU130-13, ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-329/12, ponente: María Victoria Calle Correa y C-177/05, ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia del 01 de marzo de 2005. Las tres últimas acerca de pensiones, modificación del régimen de expectativas sin desbordar principios de razonabilidad y proporcionalidad y respeto a los derechos adquiridos.

semejante reducción ofrecería una respuesta obvia, que desconocería la ponderación integral de los sistemas de remuneración de las dos formas de vinculación.

4.2 PJ2. Se trata de dilucidar si el soldado voluntario incorporado al régimen prestacional y salarial propio de los soldados profesionales en virtud del Decreto 1794 de 2000, tiene derecho a conservar la bonificación del 60% del SMLMV que devengaba conforme a la legislación preexistente, junto con las garantías ofrecidas por el nuevo régimen.

4.2.1 Tesis del Tribunal: No y así se reitera. Ante la ausencia de sentencia de unificación sobre el tema, este Tribunal considera que los soldados voluntarios que se acogieron al régimen de los soldados profesionales, a partir del 1° de noviembre de 2003, no tenían derecho a la acumulación del monto de la bonificación preexistente con las nuevas garantías de una verdadera relación laboral, pues el modelo que entonces se introdujo no desmejoró objetivamente su remuneración, integralmente comparados los dos regímenes.

4.2.2 Precedente horizontal y su postulado teórico. En la sentencia que abrió línea en torno a este problema jurídico se indicó:

“2.1.- Marco normativo - transición de soldados voluntarios a profesionales - régimen salarial aplicable

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual “se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, instituyó 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 hayan sido aceptados.

El artículo 4 de la ley en comento consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en estos 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.”

Para el año 2000, el Decreto Ley 1793, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las fuerzas militares, integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000 venían prestando el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985.

A su turno, su artículo 38 (Decreto Ley 1793 de 2000) dispuso que:

"ARTÍCULO 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

Efectivamente, el Gobierno, en desarrollo de las normas contenidas en la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. En su artículo 1 dispuso:

"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%)."
(Subrayado fuera de texto).

El párrafo del artículo siguiente a que se refiere la norma transcrita, es decir, el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 es del siguiente tenor:

"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."

2.2.- De los derechos adquiridos y la prohibición de rebajar salarios

Desde la Constitución de 1886 (artículo 30) están garantizados en Colombia los derechos adquiridos, dentro de los cuales se encuentran por supuesto los salarios y prestaciones sociales adquiridos legítimamente con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente en el momento en que se causaron. Tal principio fue reiterado en la Constitución de 1991 en su artículo 58.

En materia de salarios y prestaciones sociales, además existe el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, si se tiene en cuenta que el artículo 53 de la Constitución, para proteger el trabajo y al trabajador dispuso que el Congreso de la República debía expedir un estatuto que contuviera entre otros los siguientes principios fundamentales:

- a) Igualdad de oportunidades para los trabajadores.*
- b) Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.*
- c) Estabilidad en el empleo.*
- d) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.*
- e) Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.*
- f) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;*
- g) Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.*
- h) Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario.*
- i) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*
- j) El derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.*

Así mismo previó que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Y por si fuera poco, la misma disposición estableció que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

Es cierto que el estatuto del trabajo aún no ha sido expedido por el Congreso pero ello no significa que los principios contenidos en el artículo 53 no sean aplicables de manera directa.

La Corte Constitucional se ha referido infinidad de veces a los derechos adquiridos, a su concepto, a su diferenciación con las expectativas de derecho, etc. Una síntesis sobre esta materia se encuentra en la sentencia C-177 de 2005, la cual se considera relevante para el caso por haberse referido en muchas de sus páginas a asuntos relacionados con materia laboral. De esa sentencia consideramos necesario traer a colación los siguientes conceptos:

“La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquellos hacen parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad, considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. (Sentencia del 2 de marzo del año 1918).”
(...)

“Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.”

Con posterioridad, la misma Corporación se ha referido también a esta materia. Así por ejemplo, en sentencia C-983 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, dijo:

“Esta Corte ha establecido que configuran derechos adquiridos “...las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.” De manera que “la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.”

En otra sentencia¹⁰, la misma corporación señaló que:

“De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 1997, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonel.

operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes¹³³¹(Subrayado fuera de texto)", y esto fue reiterado en sentencia C-177 de 2005.

Así las cosas, con fundamento en la teoría de los derechos adquiridos, irretroactividad de la ley y en el de la progresividad en material salarial y prestacional, debemos concluir a título de regla general que no es posible rebajar los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores.

(...)

2.3.4.- Aparentemente hay una disminución de los emolumentos laborales que recibía como contraprestación de los servicios que prestaba el actor, por parte del Estado, pero ello realmente no ocurre porque para establecer si realmente existe o no esa desmejora es necesario comparar todos los factores que integran el salario de conformidad con las normas vigentes en cada caso. En el cuadro que aparece a continuación se relacionan esos elementos integrantes del salario y los resultados son los siguientes:

	Soldados voluntarios Ley 131 de 1985	Soldados profesionales Decreto 1794 de 2000
Remuneración	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%	1 SMLMV incrementado en un 40%
Prima de antigüedad	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%
Prima de navidad	1 SMLMV	½ SMLMV
Prima de servicios	No tenía	½ SMLMV
Prima de vacaciones	No tenía	½ SMLMV
Prima de orden público (casos específicos)	No tenía	25% sobre el salario básico
Vivienda familiar	No tenía	Acceso a beneficios

De acuerdo a los valores indicados en el recuadro anterior es evidente que, a pesar de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, analizadas las condiciones salariales y prestacionales en uno y otro estadio, estos es, hasta el 31 de octubre de 2003 como soldado voluntario y desde el 1 de noviembre de 2003 como soldado profesional, los soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985 no fueron desmejorados salarialmente, teniendo en cuenta que:

a.- Con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto mencionado no tenían vínculo laboral alguno con la entidad demandada y a partir del 1 de noviembre de 2003 se formalizó.

b.- El porcentaje de antigüedad es el mismo.

c.- La prima de navidad de la Ley 131 de 1985, que equivalía a una bonificación al año, se divide en 2: medio sueldo por concepto de prima de servicios y medio por prima de navidad.

d.- No recibían salario sino bonificación incrementada en un 60%, la que en términos nominales se disminuyó en un 20% a partir del 1 de noviembre de 2003; sin embargo, parte del porcentaje (4.16%, que es el resultado de dividir medio salario a que equivale la prima anual de vacaciones entre 12) se recupera con esta prestación.

e.- Pero además, se les da a los soldados profesionales un 25% mensual por concepto de prima de orden público que los soldados voluntarios no tenían.

f.- Adicionalmente, se les otorga el auxilio de vivienda”¹¹.

4.2.3 Así las cosas, el nuevo régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1794 de 2000 consagra a favor de los soldados voluntarios que se acogieron al sistema de remuneración de los soldados profesionales mayores beneficios, no obstante que prevé un porcentaje inferior al que recibían a título de bonificación pero sin carácter salarial (Ley 131 de 1985), pues aparentemente dicho ingreso mermó en un 20% desde el 1° de noviembre de 2003 al pasar a ser soldado profesional; sin embargo, comparadas integralmente las condiciones de servicio de los dos regímenes (soldados voluntarios y soldados profesionales), se establece que a partir del 1° de noviembre de 2003 fueron mejoradas para los soldados que por decisión propia quisieron permanecer en las Fuerzas Militares, salvedad hecha de los conscriptos, pues pasaron del modelo restrictivo de la Ley 131 de 1985, que los trató como un híbrido (sin relación laboral, con pago de bonificación y algunas coberturas de seguridad social), a tener un pleno vínculo laboral con el Ejército, con todas las consecuencias propias en prestaciones sociales y, entre otros beneficios adicionales, devengar prima de orden público y acceder al auxilio de vivienda¹².

Como se indicó en el segundo problema jurídico de la tesis que tenía esta Corporación, no existe una sentencia de unificación sobre el tema objeto de la litis, por lo que este Tribunal consideraba “*que los soldados profesionales, a partir del 1° de noviembre de 2003, no tenían derecho a la acumulación del monto de la bonificación preexistentes con las nuevas garantías de una verdadera relación laboral, pues el modelo que entonces se introdujo no desmejoró objetivamente su remuneración...*”, pero esta Sala, aunque no comparte lo señalado en dicha sentencia de tutela, no se puede apartar de lo ordenado por el superior funcional.

¹¹ TAC, sentencia del 29 de junio de 2014, radicado 85001-3333-002-2013-00043-01, ponente José Antonio Figueroa Burbano. Reiteración en fallo del 10 de julio de 2014, del mismo ponente, radicación 850013331701-2011-00099-01.

¹² TAC, sentencia de 24 de julio de 2014, Radicado: 850013331002-2012-00013-01, M. P. Dr. Néstor Trujillo González.

Ahora bien, según el fallo de tutela este Tribunal incurrió en defecto sustantivo por interpretación errónea de la norma, artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, además que omitió dar cumplimiento al inciso segundo del artículo 1° ibídem, pues bien, el citado artículo señala que:

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.

Por lo tanto, como el señor Nelson González Jaimes ingresó como soldado regular el 2 de mayo de 1991 y el 18 de septiembre de 1992 fue vinculado como soldado voluntario del Ejército Nacional; con ocasión del Decreto 1794 del 2000 se acogió al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, permaneció en las filas en esa condición, sin que se conozca reclamo ni pleito alguno anterior por las nuevas condiciones laborales. Fue retirado del servicio el 30 de mayo de 2011 con asignación de retiro.

Lo anterior significa que el actor al 31 de diciembre de 2000 ostentaba la calidad de soldado voluntario y pasó a ser soldado profesional a partir del 1° de noviembre de 2003, entonces, en cumplimiento del fallo de tutela¹³, será confirmar el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Casanare el 5 de diciembre de 2013 que consintió las pretensiones de Nelson González Jaimes contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

En lo que respecta a la prescripción trienal decretada por el a quo esta será revocada y en su lugar se decretará la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 174 del Decreto de 1990 que establece:

ARTICULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹³ En igual sentido mediante tutela se ha variado la línea que se venía llevando en este Tribunal, la primera de ellas en sentencia del 12 de febrero de 2015, radicado: 850013331002-2013-00008-01, demandante: José Efraín Botache Tapiero, demandado: Nación –Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel; sentencia del 10 de marzo de 2015, radicado: 850013331002-2012-00013-01, demandante: Luis Alberto Luquerna Sanabria, demandado: Nación –Ministerio de Defensa- Ejército, magistrado Néstor Trujillo González y más recientemente sentencia del 16 de abril de 2015, radicado: 850013333001-2013-00069-01, demandante: Gerardo Chacón, demandado: Nación –Ministerio de Defensa- Ejército, magistrado José Antonio Figueroa Burbano.

Es decir, como quiera que la petición por medio de la cual se pretendió el pago del 20% que le fue deducido del salario al actor desde el mes de noviembre de 2003 hasta su retiro de la institución fue presentada el 12 de septiembre de 2011 (fls. 211 c.p. y 2 c.ppal.), lo que implica que allí ocurrió la interrupción de la prescripción significando que se encuentran prescritos los descuentos del 20% al salario mensual efectuados con anterioridad al 12 de septiembre de 2007, según lo establece el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, atrás transcrito. Por lo tanto, los conceptos que serán susceptibles de reliquidación y pago son los causados a partir del 12 de septiembre de 2007 y hasta el 30 de agosto de 2011, fecha en que se retiró del servicio y momento al partir del cual procede reliquidar la asignación de retiro.

Implica entonces, que los ordinales segundo, cuarto y quinto serán modificados en lo que respecta al reconocimiento de la prescripción cuatrienal.

Otras determinaciones. Para informar lo pertinente sobre el cumplimiento del fallo de tutela se ordenará que por Secretaría de la Corporación se remita copia de este fallo a la Sección Quinta del Consejo de Estado, consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Costas. No se impondrán a la actora vencida, pues no se vislumbra conducta procesal impropia que las amerite¹⁴.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Modificar los ordinales segundo, cuarto y quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Yopal el 19 de julio de 2013, en virtud de la cual se accedió a las pretensiones de Nelson González Jaimes contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte considerativa, los cuales quedaran así:

SEGUNDO.- Declarar de oficio parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de acreencias anteriores al 12 de septiembre de 2007.

¹⁴ Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: apertura de línea en sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; entre las últimas reiteraciones, sentencia del 8 de mayo de 2014, radicación 850012333002 -2013-00041-00, ambas con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213- 00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL a reconocer a favor del señor NELSON GONZÁLEZ JAIMES, identificado con C.C. No. 91.286.816 de Bucaramanga el reajuste y pago salarial del 20% establecido en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985 y el artículo 1, inciso 2, Decreto 1794 de 2000 a partir del 12 de septiembre de 2007 y hasta el 30 de agosto de 2011, fecha en que se retiró del servicio, por efectos de la prescripción cuatrienal, conforme se expuso en la parte motiva.

QUINTO.- CONDENAR a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL a reliquidar y pagar al señor NELSON GONZÁLEZ JAIMES, identificado con C.C. No. 91.286.816 de Bucaramanga, la diferencia que existe entre el valor pagado y lo que debe incrementarse en las prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por el actor, desde el 12 de septiembre de 2007 y hasta el 30 de agosto de 2011, fecha en que se retiró del servicio y momento al partir del cual se ordena reliquidar la asignación de retiro, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: NO CONDENAR en costas.

CUARTO: ORDENAR remitir copias auténticas de los fallos de primera y segunda instancia con constancia de notificación y ejecutoria a la entidad accionada, acorde con las previsiones legales (art. 192 Ley 1437); para informar sobre el cumplimiento del fallo de tutela remítase copia del presente fallo a la Sección Quinta del Consejo de Estado; y devolver el expediente al juzgado que continuó conociendo los procesos escriturales, cuando se encuentre en firme esta sentencia, previa desanotación. Déjense las copias de rigor.

(Aprobado en Sala de la fecha, acta)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Magistrado



JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

Magistrado



NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

Magistrado