



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

EXPEOIENTE:	54-001-33-33-005-2018-00399-00
DEMANDANTE:	JOSÉ GREGORIO BOTELLO ORTEGA
DEMANDADO:	ÁREA METROPOLITANA DE CÚCUTA
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD – MEDIDA CAUTELAR

Visto el informe secretarial que antecede, procede el Despacho a pronunciarse frente a la solicitud de medidas cautelares presentada por la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 229 al 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1. ANTECEDENTES

1.1 De la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 155 del 24 de octubre de 2018.

La parte actora a través de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 solicita se declare la nulidad de la Resolución Metropolitana N° 155 del 24 de octubre de 2018, proferida por la Directora del Área Metropolitana de Cúcuta, mediante la cual se ajustó el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales del Área Metropolitana de Cúcuta.

Junto con el libelo introductorio, el apoderado de la parte demandante, solicita la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, e igualmente dejar sin efectos los actos posteriores a la expedición de dicha Resolución 155 de 2018.

Afirma que el 18 de febrero de 2005, la Junta Metropolitana de AMC, mediante el artículo 6° del Acuerdo Metropolitano N° 001 de 2005, adoptó el Manual de Funciones Específicas y Requisitos Mínimos de los empleos de la entidad.

El 26 de agosto de 2013, la Junta Metropolitana del AMC mediante el artículo 36 del Acuerdo metropolitano N° 003 de 2013, delegó al director de dicha entidad "la facultad de expedir el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la entidad, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004, o en la norma que la sustituya, modifique o complemente.

Asegura que la delegación del artículo 36 del Acuerdo Metropolitano N° 003 de 2013 está limitada a expedir el respectivo manual, mas no a variar la estructura administrativa de la entidad y menos a cercenar las funciones esenciales que le competen en claro desconocimiento que el área funcional y el propósito principal del cargo de Subdirector de Transporte y Valorización cobija tanto aquellas que le son inherentes como autoridad tanto de valorización como del transporte metropolitano.

Sostiene que la Junta Metropolitana otorgó tal delegación por única vez y ya fue utilizada al expedir el nuevo Manual de Requisitos y Funciones mediante la Resolución Metropolitana N° 049 de 2014; y desde entonces no ha expedido autorización alguna para modificar, adicionar o ajustar el respectivo manual.

Afirma que la Resolución N° 0155 de 2018 no ha sido publicada en la web de la entidad, ni fue proyectada por la oficina competente, ni se hizo bajo la orientación del Departamento Administrativo de la Función Pública o en su defecto de la Escuela Superior de Administración Pública, ni fue coherente en la determinación de funciones esenciales del cargo de subdirector de transporte y valorización con el propósito principal, área funcional, el nivel jerárquico y la denominación de este empleo, es decir, no se respetaron las disposiciones contenidas en los Decretos Nacionales 785 de 2005, 1785 de 2014, 1083 de 2015 y 815 de 2018.

Se alega que el único propósito de la expedición del acto demandado fue el arrogarse la directora todas las funciones de transporte y la decisión sobre ellas, desplazando irregularmente de su misión institucional a la Subdirección de Transporte y Valorización.

Finalmente concluye que la directora del Área Metropolitana de Cúcuta, desconoció los lineamientos generales señalados en el Acuerdo Metropolitano N° 001 de 2005 y replicando en la Resolución Metropolitana N° 049 de 2014, desvirtuado de paso la finalidad para la cual se creó el empleo de Subdirector de Transporte y Valorización. Así mismo vulneró los principios tanto del Código de Ética del Área Metropolitana de Cúcuta, Resolución N° 181 de 2008, como el Código del Buen Gobierno- Resolución 180 de 2008, así como los valores institucionales y las políticas para la gestión ética de que se trata.

Así mismo concluye que se violaron los artículos 122 y 209 de la Constitución Política; el artículo 54 de la Ley 489 de 1998; los artículos 413, 416 y 428 de la Ley 599 de 2000; los artículos 14 (g,n) y 15 (c) de la Ley 909 de 2004; los artículos 31 (1,2), 35 (2), 48 (1,60,61,64) adicionado por el artículo 43 de la Ley 1474 de 2011; los artículos 2 (9) y 7 del Decreto Nacional N° 1785 de 2014; los artículos 2.2.4.3, 2.2.4.4, 2.2.4.7, 2.2.4.8 y 2.2.4.10 del Decreto Nacional N° 1083 modificados por el artículo 1° del Decreto Nacional N° 815 de 2018; y la "Guía para establecer o modificar el Manual de Funciones y Competencias Laborales" desarrollada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

1.2 El traslado de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional.

Mediante auto del 12 de febrero de 2019¹ se ordenó el traslado de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional, previsto en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

1.3 Oposición a la medida cautelar solicitada

El apoderado de la parte demandada contestó en término la solicitud de medida cautelar, indicando que dicha solicitud se basa en hechos y opiniones que no

¹ Ver folio 25 del expediente

tienen la capacidad de destruir la presunción de legalidad del acto impugnado. Indica que dado el carácter excepcional de la medida cautelar, el Juez de conocimiento debe ser muy cauteloso en su aplicación, tal como lo ha advertido el Honorable Consejo de Estado, en auto del 4 de octubre de 2012, Consejera Ponente la Dra. SUSANA BUITRAGO VALENCIA dentro del expediente con radicado N° 11001-03-28-000-2012-00043-00, en donde sostuvo que el Juez debe ser muy cauteloso y guarde moderación a fin de que el decreto de esa medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado de que ejerza su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.

Alega que se indica que la Ley 1625 de 2013 no faculta al Director del Área Metropolitana de Cúcuta a expedir o modificar el manual de funciones, afirmación que no es cierta por cuanto el artículo 25 de dicha ley consagra dentro de las funciones del Director del Área Metropolitana la de dirigir la acción administrativa del Área Metropolitana, con sujeción a la Constitución Política, la ley, los acuerdos y decretos metropolitanos, numeral 6, y establecer los manuales administrativos de procedimiento interno y los controles necesarios para el buen funcionamiento de la entidad- numeral 8.

Arguye que el Decreto 1785 de 2014, utilizado para argumentar la solicitud de suspensión del acto impugnado no es aplicable a la entidad por cuanto su contenido va dirigido a las entidades del orden nacional y el área metropolitana no tiene tal calidad, sin embargo advierte que si en gracia de discusión se aceptara dicho decreto el artículo 29 del mismo otorga la facultada para expedir el manual de funciones del jefe del organismo o entidad, en este caso corresponde al Director o Directora del Área Metropolitana de Cúcuta.

Para terminar afirma que el demandante no acredita ninguna circunstancia especial que permita establecer que de no decretarse la medida cautelar solicitada se ocasione una lesión a un interés público, se presentare un perjuicio irremediable o que existieren serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serian nugatorios.

2 CONSIDERACIONES DEL DESPACHO PARA RESOLVER

2.1 Problema jurídico

Le corresponde al Despacho decidir si se debe suspender la Resolución N° 155 del 24 de octubre de 2018, proferida por la directora del Área Metropolitana de Cúcuta, mediante la cual se ajusta el manual de funciones, requisitos y competencias laborales del Área Metropolitana de Cúcuta.

Esta instancia considera que no es procedente suspender el acto acusado, para cuyo sustento se hará una breve referencia a los requisitos que exige la ley para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos y el análisis del caso concreto.

2.2. De la suspensión provisional de los actos administrativos

Inicialmente el artículo 238 de la Constitución Política atribuye a la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competencia para “... *suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la Ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*”.

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, es una excepción a la presunción de legalidad de los mismos, en los eventos en que estos infrinjan en forma manifiesta normas superiores, de tal manera que la contradicción se pueda percibir mediante una sencilla comparación de conformidad con los requisitos señalados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

Además de lo anterior, el artículo 229 *ibidem* consagra la posibilidad de solicitar el decreto de medidas cautelares en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso mediante petición debidamente sustentada; dicho decreto procederá cuando la medida cautelar sea necesaria para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso así como la efectividad de la sentencia, sin que esto implique prejuzgamiento.

A su turno, el artículo 230 numeral 3 de la norma en comento permite al Juez de conocimiento decretar como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, y tal facultad procede conforme lo dispuesto en el artículo 231 *ibidem* “*por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

En cuanto a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos en vigencia de la Ley 1437 de 2011, ha indicado el Consejo de Estado mediante providencia de fecha 4 de octubre de 2012, M.P. Susana Buitrago Valencia, Exp. No. 2012-00043-00:

*“La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: 1º) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal –cuando el proceso apenas comienza–, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. 2º) La medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.***

Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación

al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1°) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) **estudie** las pruebas allegadas con la solicitud.

(...)

Aunque la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A. (Capítulo XI Medidas Cautelares – procedencia), conforme al cual “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba”.

En reciente jurisprudencia el Consejo de Estado ha estudiado el tema de las medidas cautelares, en cuya providencia ha concluido²:

“Según el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la confrontación con las normas superiores invocadas ha de entenderse como el análisis integral que debe hacer el juez, lo cual implica dilucidar, entre otros, los siguientes problemas hermenéuticos: (i) vigencia de las normas; (ii) examen de posibles juicios de constitucionalidad o de legalidad de las normas supuestamente infringidas; (iii) jerarquía normativa; (iv) posibles antinomias; (iv) ambigüedad normativa; (v) sentencias de unificación, doctrina probable, jurisprudencia sugestiva, etc.-; (vi) integración normativa; (vii) criterios y postulados de interpretación; (viii) jerarquía de los criterios y postulados de interpretación, etc.

Ahora bien, prima facie, la apariencia de buen derecho o fumus boni iuris que describen los ordinales 1.° y 2.° del artículo 231 del CPACA, es un requisito más propicio de las medidas cautelares positivas; no obstante, cuando se trata de medidas cautelares negativas -suspensión de los efectos del acto demandado- resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica la tutela cautelar temprana siguiendo la doctrina italiana, según la cual, ante la imposibilidad de una respuesta definitiva en un plazo razonable, es pertinente una respuesta provisional en un tiempo justo²¹. El sentido de apariencia de ilegalidad lo precisa Chinchilla Marín así:

«[...] de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la ejecución de un acto es tomada en cuenta por los tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCION "A" Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, O.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-25-000-2017-00326-00(1563-17) Actor: COLEGIO NACIONAL DE INSPECTORES DE TRABAJO – CNIT. Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del periculum in mora necesario para otorgar la medida cautelar solicitada.[...]»²².

2.3. Caso concreto

Atendiendo el precedente jurisprudencial transcrito, así como lo consagrado en la Ley 1437 de 2011, que modificó las medidas cautelares previstas para la Jurisdicción, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva, es del caso realizar el análisis de las normas que se invocan como violadas y del material probatorio, obrante en el expediente en confrontación con el acto administrativo, razón por la que se hace necesario inicialmente hacer un recuento de las pruebas que reposan en el plenario, así:

- ❖ Resolución Metropolitana N° 033 de 2016, por medio del cual se nombra al señor JOSÉ GREGORIO BOTELLO ORTEGA en el cargo del subdirector de Área Metropolitana en la dependencia de la Subdirección de Transporte y Valorización de la planta de empleos del Área Metropolitana de Cúcuta. (Fl. 137 del cuaderno anexo de la demanda)
- ❖ Copia simple del Acuerdo Metropolitano N° 001 del 18 de febrero de 2005, por el cual se determina la estructura administrativa, se fija la planta de personal y las escalas salariales de los empleos del área metropolitana de Cúcuta. (Fl. 8-36 cuaderno anexo de la demanda)
- ❖ Copia simple del Acuerdo 03 de 2013, por el cual se adoptan los estatutos del área metropolitana de Cúcuta. (Fl. 37-57 cuaderno anexo de la demanda)
- ❖ Copia simple del código del buen gobierno (Fl. 60-74 cuaderno anexo de la demanda)
- ❖ Copia simple de la Resolución N° 1814 de 2008, por el cual se expide el Código de Ética del Área Metropolitana de Cúcuta. (Fl. 76-78 cuaderno anexo de la demanda)
- ❖ Copia simple de la Resolución N° 049 del 17 de junio de 2014, por el cual se ajusta el manual de funciones, requisitos y competencias laborales del Área Metropolitana de Cúcuta. (Fl. 79-105 cuaderno anexo de la demanda)
- ❖ Resolución N° 008 del 2 de febrero de 2016, por la cual se ajusta el manual de funciones, requisitos y competencias laborales del Área Metropolitana de Cúcuta. (Fl. 106-136 cuaderno anexo de la demanda)
- ❖ Resolución N° 030 del 30 de marzo de 2017, por medio del cual se ajusta el manual de funciones, requisitos y competencias laborales del Área Metropolitana de Cúcuta y se dictan otras disposiciones. (Fl. 138-173 cuaderno anexo de la demanda)
- ❖ Resolución N° 155 de 2018, por medio del cual se ajusta al manual de funciones, requisitos y competencias laborales del Área Metropolitana de Cúcuta y se dictan otras disposiciones. (Fl. 174-199 cuaderno anexo de la demanda)
- ❖ Copia simple de la cartilla laboral del Departamento Administrativo de la Función Pública (Fl. 200-294)

Ahora bien, las causales de nulidad que alega la parte actora son infracción de las normas en que debía fundarse el acto, tales como artículos 122 y 209 de la Constitución Política, Leyes 489 de 1998, 909 de 2004 y 1625 de 2013; Decretos 785 de 2005, 1785 de 2014, 1083 de 2015 y 815 de 2018; Acuerdo Metropolitano N° 003 de 2013, Resolución Metropolitana N° 049 de 2014 y guía para establecer o modificar el Manual de Funciones y de Competencias Laborales del DAFP.

Igualmente alega la falta de competencia de la Directora del Área Metropolitana para modificar o ajustar el manual de funciones; expedición de forma irregular y con falsa motivación.

En virtud de lo expuesto y de cara al caso particular entraremos a realizar un análisis del acto demandado frente a las normas acusadas como violadas en la solicitud de suspensión provisional, con el objeto de verificar si existe tal violación con apoyo en el material probatorio obrante en el expediente.

Como normas superiores se invocan como desconocidas los artículos 122 y 209 de la Constitución Política de Colombia, sin embargo frente al artículo 209 en particular no se realiza ningún cuestionamiento. En relación con el artículo 122 sus alegatos son esbozados en la causal de nulidad denominada **falsa motivación**, advirtiendo que dicha norma establece que *no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previsto sus emolumentos en el presupuesto correspondiente*. Trae a colación la sentencia C-447 de 1996 concluyendo que quien viole las normas que regulan la expedición de manuales de funciones de una entidad de contera infringe la Constitución Política en su artículo 122, incurriendo en falsa motivación en razón a que con las nuevas funciones de la dirección de la entidad y la Subdirección de Transporte y Valorización de una parte desconocen los lineamientos generales señalados en el manual general de funciones para la subdirección, y de otra parte se desvirtúan los objetivos de la institución y finalidad para la cual se creó el cargo de subdirector de Transporte y Valorización.

Inicialmente precisa el Despacho que quien alegue la causal de anulación de **falsa motivación** del acto administrativo debe llevar al fallador a la certeza incontrovertible de que los motivos para expedirlos no fueron los que la ley señala para el efecto, situación, que por lo menos en esta instancia procesal no se encuentra acreditada, con el material probatorio allegado con la demanda.

Lo anterior como quiera que el artículo 122 superior consagra que todos los empleos públicos deben tener sus funciones detalladas en la ley o el reglamento, y precisamente el acto demandado Resolución N° 155 de 2018 está ajustando el manual de funciones, requisitos y competencias laborales del Área Metropolitana de Cúcuta, esto es, detallando sus funciones en un acto administrativo debidamente motivado y cobijado por la presunción de legalidad.

En relación con la aseveración de que el único propósito de la dirección de la entidad con la expedición del acto acusado era la de arrogarse todas las funciones de transporte y la decisión sobre ellas, desplazando irregularmente de su misión institucional a la Subdirección de Transporte y Valorización, tampoco encuentra el Despacho sustento probatorio que acredite con suficiencia dicha afirmación, como quiera que en esta etapa procesal no se tiene conocimiento de todos los trámites y procedimientos que se llevaron a cabo en la entidad para tal fin.

Por otro lado se alega la violación del Decreto 1785 de 2014, advirtiendo que esta norma estableció las *funciones y los requisitos generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de los organismos y entidades del orden nacional*, sin embargo, para la fecha de expedición del acto acusado el mismo ya había sido derogado por el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

A su vez el Decreto 815 del 8 de mayo de 2015, modificó el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con las competencias laborales generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos, decreto que además motivó la expedición del acto acusado.

Puntualizado lo anterior, se precisa que efectivamente en la Resolución Metropolitana N° 155 de 2018, se agregaron las competencias generales laborales para los empleos públicos, específicamente competencias comportamentales comunes y por nivel jerárquico, con fundamento en el citado Decreto 815 de 2015.

En el caso del nivel directivo se aplicó a los cargos de Director el Área Metropolitana, Director Técnico, Subdirector de Área Metropolitana y Subdirección de Transporte y Valorización. Igualmente también se realizó la actualización del código de algunos cargos según el artículo 21 del Decreto 785 de 2005, tal como se expuso en su parte motiva.

Bajo las anteriores circunstancias, en principio no se advierte una falsa motivación en el acto acusado, sin embargo no desconoce el Despacho que el cargo de Subdirector de Transporte y Valorización es un cargo del nivel directivo cuyas funciones esenciales contempladas en los numerales 14,15,16,17,18 fueron modificadas a través de la mencionada Resolución 155, sin que en su parte motiva se observe argumentación específica para dicha modificación, no obstante, dicha situación por sí sola no genera per se un motivo suficiente para acceder a la suspensión solicitada.

En relación con la causal de nulidad de **falta de competencia** de la directora del Área Metropolitana para la expedición de acto administrativo, encuentra el Despacho que el numeral 3, literal g del artículo 20 de la Ley 1625 de 2013 establece como una atribución básica de la Junta Metropolitana la adopción o modificación de los estatutos, norma que se le dio aplicación con la expedición del Acuerdo 03 de 2013, por medio del cual se adoptan los Estatutos del Área Metropolitana de Cúcuta, en cuyo artículo 36 dispuso:

“Delegar en el Director del Área Metropolitana de Cúcuta la facultad de expedir el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la entidad, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004, o en la norma que la sustituya, modifique o complemente.” (Negrilla fuera de texto)

En virtud de la facultad anterior, el Director del Área Metropolitana de Cúcuta expidió la Resolución N° 049 de 2014, por el cual se ajusta el manual de funciones, requisitos y competencias laborales del Área Metropolitana de Cúcuta; posteriormente se expidieron las Resoluciones Nos. 008 de 2016 y 030 de 2017,

ajustando igualmente dicho manual y finalmente la Resolución N° 155 de 2018 acto acusado en el presente asunto.

Como primera medida advierte el Despacho que cuando se expidió el Acuerdo 03 de 2013 que delegó al Director del Área Metropolitana de Cúcuta para expedir el manual específico de funciones se encontraba vigente el Acuerdo N° 001 de 2005 mediante el cual se había adoptado el manual de funciones de la entidad, sin embargo como el mismo no estaba de acuerdo a los parámetros normativos vigentes para la época se expidió la Resolución N° 049 y así sucesivamente tal como se advirtió en párrafos atrás.

Por lo puntualizado considera el Despacho que si bien el artículo 36 del estatuto de la entidad, faculta al director textualmente para *expedir* el manual, y no se dijo literalmente para *ajustar o modificar el mismo*, no significa que dicha circunstancia sea excluyente, por un lado porque al estar en vigencia el manual contenido en la Resolución 001 lo que procedía en adelante era su ajuste según las normas vigentes, tal como se ha venido manejando desde que se otorgó tal facultad a los directores de la entidad, pues ya existía un acto administrativo vigente y por tanto ante la delegación de tal facultad se procedió a ir ajustando en el tiempo dicho manual, pues tal disposición tampoco tiene límite temporal.

Por otro lado, en este momento procesal no cuenta el Despacho con los medios de pruebas suficientes para conocer si existen en la entidad accionada otros acuerdos, resoluciones, normativas o actos administrativos en general, en donde se hayan atribuido, modificado o adicionado otras funciones específicas a los directores del Área Metropolitana de Cúcuta.

Finalmente en cuanto a la violación del trámite estipulado en la Ley 909 de 2004 y sus normas reglamentarias, así como la guía para establecer el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales, en la expedición de la Resolución metropolitana N° 155/2018, advierte el Despacho que con las pruebas aportadas en el libelo demandatorio no cuenta esta instancia una suficiencia probatoria que permita establecer si dichas modificaciones se realizaron de acuerdo con los procedimientos consagrados en las normas vigentes aplicables a la entidad accionada.

Por todo lo expuesto este Despacho concluye que con las pruebas aportadas a la actuación no se desvirtúa la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, razón por la que no es posible decretar la medida cautelar de suspensión provisional del acto, por cuanto del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas constitucionales y legales invocadas como violadas no se observa la transgresión indicada, por lo menos en esta etapa procesal.

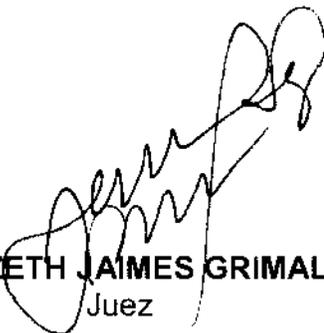
En razón de lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CÚCUTA,**

RESUELVE

PRIMERO: Niéguese la solicitud de medida cautelar interpuesta por la parte demandante, por lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriado este proveído continúese con el trámite del proceso, en el estado en que se encuentre.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JENNY LIZETH JAIMES GRIMALDOS
Juez

YPA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL CÚCUTA - NORTE DE SANTANDER
ESTADO ELECTRÓNICO N° 023
POR ANOFACION EN EL PRESENTE, NOTIFICO A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR. HOY _____ A LAS 8:00 am
 WILMER BLASQUEZ Secretario



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-005-2019-00055-00
CONVOCANTE:	IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO
CONVOCADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
ASUNTO:	CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

Provee el Despacho sobre la conciliación prejudicial a que llegaron el señor IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, a través de sus apoderados, en audiencia realizada el 19 de marzo de 2019, ante la Procuraduría 23 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Cúcuta, bajo el radicado No. 026, folio 37 del expediente.

1. ANTECEDENTES

1.1. De la solicitud de conciliación prejudicial.

- ✓ El 16 de enero de 2019, el señor IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO, a través de apoderado, elevó petición ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos de Cúcuta, folios 3-9, a efecto de conciliar por vía prejudicial las siguientes peticiones:

- “
1. Que la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército – Nacional** revoque los efectos jurídicos del acto administrativo radicado N° 20183171898331: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 3 de octubre de 2018, por medio del cual se negó la reliquidación de mi salario y prestaciones sociales.
 2. Que la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército – Nacional** reliquide retroactivamente el salario básico que devenga el Soldado Profesional Iván Antonio Sánchez Rubio, aumentado el mismo en un 20 %, es decir, su salario básico, los factores salariales adicionales de liquidación y prestaciones sociales deben ser liquidados bajo la siguiente fórmula: 1 Salario Mínimo Mensual Legal Vigente incrementado en un 60%, más la indexación e intereses que en derecho corresponda, desde el momento en que ingresó a la categoría de “soldado profesional”, hasta la fecha actual y hacia el futuro.
 3. Que la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército – Nacional** reliquide retroactivamente el subsidio familiar que devenga el Soldado Profesional Iván Antonio Sánchez Rubio, así como sus prestaciones sociales, aplicando lo dispuesto en el artículo 11 del decreto 1794 del 14 de septiembre del año 2000, pagando las respectivas diferencias con respecto del subsidio familiar que en la actualidad devenga, más la indexación e intereses que en derecho corresponda, desde el momento en que ingresó a la categoría de “soldado profesional”, hasta la fecha actual y hacia el futuro.
 4. Que se reconozcan los respectivos intereses corrientes y moratorios y se brinde cumplimiento al acuerdo conciliatorio en los términos de la ley 1437 del año 2011.

5. *Que se me reconozca la correspondiente personería jurídica para actuar a favor del señor Iván Antonio Sánchez Rubio."*

✓ La situación fáctica expuesta por el peticionario, es la siguiente:

Referente al reconocimiento del 20 % del salario básico:

1. Refiere que su poderdante una vez termino el curso de formación, ingresó a las Fuerzas Militares de Colombia en el año 2007 ostentando la categoría de Soldado Profesional.
2. Señala que su representado ostenta la investidura de funcionario público bajo el régimen de aplicación de los Decretos 1793 y 1794 del 2000; normas que regularon el porcentaje percibido por concepto de salario básico, y su poderdante como soldado profesional ha percibido 1 s.m.l.m.v incrementado en un 40 % conforme lo regulada en la precitada norma.
3. Indica que de acuerdo al artículo 4 de la ley 131 de 1985 los soldados voluntarios devengaban un salario básico correspondiente a 1 s.m.l.m.v incrementado en un 60% y que con el Decreto 1794 del 200 se modificó el dicho porcentaje disminuyéndose a 1 s.m.l.m.v incrementado en un 40 %, así mismo se consideró el pago de prestaciones periódicas como el subsidio familia, prima de servicios, navidad, entre otras.
4. Dice que la jurisdicción contencioso administrativa ha resuelto demandas interpuestas por soldados que fueron voluntarios y se trasladaron al régimen de los decretos de 2000, en donde se pretendía el reconocimiento del 20% consecuente con lo regulado en el artículo 4 de la ley 131 de 1985.
5. Trae a colación la sentencia SU N° 003-2016, SU Numero interno 3420-2015 del 25 de agosto de 2016; mediante la cual se manifestó que es un derecho adquirido el 20 % solicitado por los antiguos soldados voluntarios y que se trasladaron a la categoría de profesional.
6. El apoderado del convocante realiza un análisis acerca de la denominación "profesionales" y que su poderdante se está viendo afectado en su derecho fundamental a la igualdad, con ocasión al reconocimiento salarial diferenciado.

En relación al reconocimiento del subsidio familiar:

1. Arguye que su representado está casado con la señora Dian Luz Ospina Araujo desde el año 2016.
2. Así mismo señala que de acuerdo a su composición familiar le asiste el derecho al reconocimiento del subsidio familiar del 20% de su salario básico conforme lo establecido en el decreto 1161 de 2014.
3. Realiza el apoderado un análisis respecto del decreto 1161 de 2014, acerca del porcentaje por concepto de subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina, y trae a colación la sentencia de fecha 8 de junio de 2017 N° 0686-10 mediante la cual se dejó nulo el decreto 3770 de 2009 que eliminaba el reconocimiento del subsidio familiar a los soldados profesionales e infantes de marina.
4. Concluye diciendo que el subsidio familiar que se le paga a su poderdante es inconstitucional, por cuanto a pesar de que se expidió el decreto 1161 de 2014 sigue latente la vulneración al principio de progresividad y prohibición de retroceso.

1.2. Trámite surtido en la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos.

✓ La solicitud de conciliación presentada por el señor IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO fue admitida por la Procuraduría 23 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Cúcuta mediante auto de fecha 29 de enero de 2019. (Fl. 28)

✓ Acuerdo Conciliatorio: La audiencia se celebró el día 19 de marzo de 2019, (Fl 37-37v) y luego de la intervención del señor Procurador 23 Judicial II Administrativo de Cúcuta, sobre el reconocimiento de la personería de los apoderados de las partes, y respecto de la petición de conciliación y los elementos y fines de este medio de composición de litigios, se le dio la palabra al apoderado del señor IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO, quien manifestó que: *"Me ratifico en cada uno de los hechos y pretensiones de la solicitud presentada"*

Luego se le otorgó la palabra a la a judicial de la parte demandada, quien señaló lo siguiente:

"Conforme a oficio N° OF119-0007 MDNSGDALGCC del 7 de marzo del presente año, de la Secretaría Técnica del comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa, en el presente caso, en decisión tomada en Sesión de Comité de Conciliación y Defensa Judicial de fecha 7 de marzo de 2019, el Comité de conciliación por unanimidad autoriza conciliar, en forma integral, con base en la siguiente formula: 1. Se reconocerá el 100 % del capital que certifique la respectiva fuerza como resultado de las diferencias entre el salario efectivamente pagado y el resultante del reajuste del 20% así como de las prestaciones sociales que se vean afectadas con la modificación de la base salarial, dando aplicación a la prescripción cuatrienal contemplada en el Decreto 1211 de 1990, y efectuando los descuentos de Ley. 2. La indexación será objeto de reconocimiento en un porcentaje del 75%. Las liquidaciones de que tratan los numerales primero y segundo, serán efectuadas en un término máximo de 10 meses, contados a partir de la fecha de ejecutoria del auto de aprobación de la conciliación. Una vez sea presentada la respectiva solicitud de pago, la cual deberá acompañarse entre otros documentos de la copia integral y legible de la sentencia o del auto de aprobación de la conciliación con su respectiva constancia de ejecutoria, se procederá a conformar el expediente de pago, al cual se le asignará un turno lo dispone el artículo 35 del Decreto 359 de 1995 o normas que lo modifiquen y de acuerdo a la posibilidad presupuestal que exista en el momento, se procederá a efectuar el pago mediante acto administrativo dentro del término legal, se reconocerá intereses a partir del séptimo mes en los términos del artículo 192 del CPACA... anexo en un 81) folio la correspondiente certificación".

En ese momento se le concedió el uso de la palabra al apoderado judicial de la parte convocante, quien manifiesta: *"Acepto la propuesta presentada por la entidad convocada"*. La Procuraduría, teniendo en cuenta que no existen vicios de legalidad, que el anterior acuerdo es de carácter total, contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto a tiempo, modo y lugar en la diligencia declara conciliado el presente proceso.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO PARA DECIDIR

2.1. Aspectos generales sobre la conciliación.

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos y herramienta de gran utilidad para zanjar controversias de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las personas de derecho público a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, pueden hacerlo en asuntos que se ventilarían mediante los medios de control previstos en los artículos 137, 138 y 140 del C.P.A.C.A., lo cual trae como consecuencia que estimula la convivencia pacífica, la solución de conflictos sin

dilaciones injustificadas, la descongestión de los despachos judiciales y desde luego, la satisfacción eficaz de los derechos de las partes y generalmente constituye un ahorro tanto para las entidades estatales como para el particular involucrado.

2.2. Competencia.

En el presente caso, este despacho tiene competencia para resolver lo atinente a la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 640 de 2001 y en el Decreto 1716 del 2009; que señalan expresamente que en materia de lo contencioso administrativo, el acuerdo conciliatorio debe ser revisado por el juez que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, quien procederá a su estudio, en defensa de la legalidad y del patrimonio público.

En cuanto a la competencia por el factor territorial en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 numeral 3 del artículo 156, donde se indica que es competente el Juez del último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios.

Dado que el presente caso es un asunto de carácter laboral, en el cual se pretende es el reajuste y reliquidación de la asignación salarial en un 20% y demás factores salariales adicionales de liquidación y prestaciones sociales; verificados los documentos obrantes en el expediente, observa el despacho que en constancia de fecha 29 de agosto de 2018 obrante a folio 21 del expediente se acredita que el soldado profesional IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO se encuentra vinculado laboralmente en el Batallón de Infantería N° 15 General Francisco de Paula Santander, ubicado en el Municipio de Ocaña, Norte de Santander, por lo que se considera este juzgado competente para conocer el presente asunto.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, los principales criterios que deben ser analizados para efectos de determinar la procedencia de la aprobación del acuerdo conciliatorio al que hayan llegado las entidades estatales, dentro o fuera de un proceso judicial, son los que se enuncian a continuación:

2.2.1. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar:

En el acuerdo conciliatorio que se estudia encuentra el Despacho que dentro del expediente existen soportes documentales que permiten concluir que las partes intervinientes, se encontraban debidamente representadas.

Por un lado el señor IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO quien actúa como convocante se encuentra representado por el doctor HÉCTOR IVÁN VARGAS PINEDA¹, a quien le facultó para que realizara la defensa técnica de sus intereses, concediéndole entre otras la facultad de conciliar.

Así mismo, la entidad convocada, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a través de su Directora de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa, confirió poder a la Doctora DIANA JULIETH BLANCO BERBESI², quien contaba con la facultad de conciliar las peticiones de la convocante, y con el concepto favorable del comité de conciliación de la entidad.

¹ Ver folio 2

² Ver folios 31

2.2.2. Que el Comité de Conciliaciones de la entidad pública haya recomendado la conciliación:

Como se expuso en el numeral anterior, el Despacho encuentra dentro del plenario certificación N°. OFI19-0007 MDNSGDALGCC de fecha 7 de marzo de 2019, expedida por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa, donde consta que el comité por unanimidad autorizó conciliar prejudicialmente la petición del reajuste salarial del 20% y demás prestaciones laborales y económicas al convocante, previo el cumplimiento de las condiciones que allí se enuncian, tal y como puede constatarse a folio 38 del expediente.

2.2.3. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (Artículo 59 Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998):

En el presente asunto encuentra el Despacho que lo que se pretende por la parte convocante es la reliquidación y reajuste de su asignación salarial y demás factores salariales adicionales a la liquidación y prestaciones sociales, en su calidad de Soldado Profesional, incorporado a partir del año 2006 en tal calidad, siendo éste un derecho económico del cual dispone la parte, por cuanto no es tema de discusión o conciliación el derecho prestacional en sí, se trata de un acuerdo entre las partes de las sumas a pagar por concepto de capital, indexación de capital, intereses y descuentos de ley.

2.2.4. Que la acción no haya caducado, y si ésta fuere la de nulidad y restablecimiento del derecho, que se haya agotado el procedimiento administrativo

Tratándose de pretensiones económicas de carácter prestacional, conforme lo establece el artículo 164 literal C, de la Ley 1437 de 2011, cuando se pretenda la nulidad de actos administrativos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas se podrá demandar en cualquier tiempo, esto nos indica, que dentro del caso de estudio no opera la figura jurídica de caducidad.

De la misma manera se evidencia que no en contra del oficio en virtud del cual se niega la solicitud de reconocimiento de la reliquidación salarial del convocante, no se indica la procedencia de recursos, por lo cual no es exigible el cumplimiento de dicho requisito.

2.2.5. Que se hayan presentado las pruebas necesarias para soportar la conciliación, es decir, que respalden lo reconocido patrimonialmente en el acuerdo

Revisado en su integridad el plenario, se observa que obran en el mismo las siguientes pruebas que sirven de soporte al derecho reclamado por parte del SLP Iván Antonio Sánchez Rubio:

- ✓ Copia de la petición de fecha 20 de septiembre de 2018, por medio de la cual se solicita la reliquidación y retroactivo del salario básico que devenga el soldado profesional Iván Antonio Sánchez Rubio aumentado en un 20% así como la reliquidación y retroactivo del subsidio familiar (Fls.12-16)
- ✓ Copia del oficio radicado No. 20183171898331 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10. de fecha 3 de octubre de 2018, suscrito por el

Oficial Sección Nómina del Comando de Personal del Ejército Nacional, mediante el cual se resuelve la petición del señor Iván Antonio Sánchez Rubio señalando que no es posible atender de manera favorable lo solicitado (Fl. 18).

- ✓ Copia de la cédula de ciudadanía del señor Iván Antonio Sánchez Rubio (Fls. 20).
- ✓ Constancia del tiempo de servicio del soldado profesional IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO de fecha 29 de agosto de 2018, suscrita por el Oficial Sección Atención al Usuario DIPER del Ejército Nacional, en la cual consta su vinculación al Ejército Nacional desde el día 26 de octubre del 2005 en calidad de soldado regular, a partir del 25 de noviembre del 2006, como alumno soldado profesional y desde el 30 de diciembre del 2006 como soldado profesional (Fl. 21).
- ✓ Copia del extracto de la hoja de vida del soldado profesional IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO (Fls. 22-25).
- ✓ Constancia de fecha 29 de agosto de 2018, suscrita por soldado profesional IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO, en la que indica que se encuentra laborando en las instalaciones del Batallón de Infantería N° 15 del Municipio de Ocaña, Norte de Santander. (Fl. 26).
- ✓ Constancia de la nómina del soldado profesional IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO de fecha 29 de agosto de 2018, suscrita por el Oficial Sección Atención al Usuario DIPER del Ejército Nacional. (Fl. 27)
- ✓ Copia de la Certificación N°. OFI19-0007 MDNSGDALGCC de fecha 7 de marzo de 2019, suscrita por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa; donde se definieron las políticas del comité de conciliación y defensa judicial y respecto de la nulidad del Oficio No. 20183171898331 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10. acerca del reajuste salarial del 20% y demás prestaciones laborales y económicas, decidiendo por unanimidad conciliar en forma integral. (Fl. 38)

2.2.6. Que el acuerdo no sea violatorio de la ley y que no resulte lesivo para el patrimonio público:

De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente y los parámetros legales y jurisprudenciales aplicables al caso, considera esta instancia que no hay lugar a impartir aprobación al acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes, en tanto no se cumple con este requisito en el presente caso tal y como pasa a explicarse:

2.2.6.1. Planteamiento del caso

- El soldado profesional IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO, en la solicitud de conciliación cuestiona el contenido del oficio del 3 de octubre del 2018, en virtud del cual se negó su solicitud de reliquidación retroactiva de su asignación salarial, aumentándola en un 20%, desde el momento en que ingresó a la institución en calidad de soldado profesional.

Al plantear la solicitud de conciliación pretende el reajuste de su salario básico aumentándolo en el porcentaje antes mencionado, incluyendo los factores salariales de liquidación y prestaciones sociales, con fundamento en la diferencia generada.

Sustenta su petición en que debe darse aplicación al derecho a la igualdad respecto de los soldados que ingresaron como voluntarios y posteriormente fueron incorporados como profesionales, argumentando que actualmente existe una sola categoría de soldados profesionales, pero pese a ello, hay diferencias en los reconocimientos salariales por cuanto los soldados que fueron incorporados directamente como profesionales devengan un salario mensual inferior, circunstancia esta que genera desigualdad laboral.

- Vale la pena resaltar que como argumento de la decisión contenida en el oficio de 3 de octubre pasado, el funcionario de la Sección de Nómina de la entidad, señala que teniendo en cuenta que el uniformado no ingresó como soldado voluntario, no tiene derecho a la reliquidación solicitada, de acuerdo con las previsiones de la sentencia de Unificación del Consejo de Estado sobre la materia (folio 18).

2.2.6.2. Fundamento normativo y jurisprudencial aplicable al caso

A efectos de sustentar la decisión de este Despacho de improbar el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en el presente caso, se tienen como fundamento los siguientes parámetros legales y jurisprudenciales que pasan a referenciarse:

En primer lugar se tiene que, conforme lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 131 de 1985, quienes hayan prestado su servicio militar obligatorio, tenían la posibilidad de seguir vinculados a las Fuerzas Militares, bajo la modalidad de soldados voluntarios.

Esta misma norma en su artículo 4°, señaló que el soldado voluntario devengará una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, la cual debía incrementarse en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

Seguidamente, el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por la Constitución Política expide el régimen de carrera y el estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, antes denominados soldados voluntarios mediante el Decreto 1793 de 2000, el cual definió la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

Este Decreto estableció la posibilidad de que, a partir del 1° de enero de 2001, los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como soldados profesionales, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la “prima de antigüedad” a la que tenían derecho, conforme se desprende del parágrafo del artículo 5°.

De lo anterior se concluye que los soldados regidos por la Ley 131 de 1985, tenían hasta el 31 de diciembre de 2000, para expresar su intención de incorporarse como soldados profesionales y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el citado Decreto 1793 de 2000, otorgándoles un beneficio consistente en conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación.

Es claro que pese a que el nuevo decreto (Decreto 1793 de 2000) modificó la calidad de los soldados voluntarios a soldados profesionales, la norma permite que aquellos que han venido desempeñando sus funciones puedan ingresar al nuevo régimen con la adopción de las nuevas garantías laborales establecidas por el Jefe de Estado de Colombia, sin la pérdida de sus derechos tal y como lo sostiene el artículo 38 al determinar que los soldados profesionales se registrarán bajo las

disposiciones del gobierno nacional, sin ser desmejorados en virtud a sus derechos adquiridos.

El régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales (antes voluntarios) se encuentra regulado con el Decreto 1794 de 2000, el cual señala la remuneración mensual y prestaciones sociales a las cuales tiene derecho por pertenecer a las fuerzas militares, definiendo las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los Soldados Profesionales, así:

- Quienes se vinculen como soldados profesionales por primera vez a partir del 1° de enero de 2001, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario.
- 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 mensual, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su incorporación como soldados profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares, respetando así los derechos adquiridos pues, entre otras cosas, expresamente se consignó la garantía de que conservarían la prima de antigüedad en el porcentaje que venían percibiendo.

Así las cosas, es claro que la norma genera un trato especial para los soldados que fueron incorporados con la calidad anterior, es decir, como soldado voluntario.

Es de anotar, que si bien la Ley 131 de 1985, concedía una bonificación de navidad a los soldados voluntarios, el Decreto 1794 de 2000 establece una serie de prestaciones sociales a las cuales los soldados aun no tenían derecho y al cambiar los mismos de calidad a soldados profesionales, pueden ser acreedores de las prerrogativas salariales que mejoraran su condición de servidores del Estado.

Frente al tema de los derechos adquiridos, se han pronunciado tratadistas como Louis Josserand³ y los hermanos Mazeaud⁴, diferenciando los conceptos de derechos adquiridos y la expectativa de un derecho, entendiendo el primero como aquellos que han entrado al patrimonio y es tangible como tal, y el segunda el cual es una simple esperanza dentro de un pensamiento sustancial.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 25 de agosto de 2016⁵, resaltó que a favor de los soldados voluntarios incorporados como profesionales se les constituyó un régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a que se les aplicó íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en

³ Louis Josserand "Decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, es decir que no debe traicionar la confianza que colocamos en ella y que las situaciones creadas, los actos realizados bajo su protección continuarán intactos, ocurra lo que ocurra; fuera de esto, no hay sino simples esperanzas más o menos fundadas y que el legislador puede destruir a su voluntad.... Las simples esperanzas no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; corresponden a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas: son intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los 'castillos en el aire': tales como las 'esperanzas' que funda un heredero presunto en el patrimonio de un pariente, cuya sucesión espera ha de corresponderle algún día. En general, las simples expectativas no autorizan a quienes son presa de ellas a realizar actos conservatorios; no son transmisibles; y como ya lo hemos visto, pueden ser destruidas por un cambio de legislación sin que la ley que las disipe pueda ser tachada de retroactividad" (Derecho Civil, Tomo I, Vol. I págs. 77 y ss.).

⁴ Los hermanos Mazeaud encuentran justificada la diferenciación hecha por la doctrina clásica entre derecho adquirido y expectativa. Para ellos, es derecho adquirido aquél "que ha entrado definitivamente en un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente" y, expectativa, "es una esperanza no realizada todavía"; por tanto, "los derechos adquiridos deben ser protegidos, incluso contra una ley nueva: ésta no podría privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo, a la inversa, las simples expectativas ceden ante la ley nueva, que puede intentar contra ellas y dejarlas sin efecto", y consideran que "la necesidad de seguridad está suficientemente garantizada si el derecho adquirido está amparado, y las simples expectativas deben ceder ante una ley que se supone más justa". (Lecciones de Derecho Civil, Tomo I)

⁵ CE, S2, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 25 de agosto de 2016. Rad 3420-1. CE-SUJ2-003-16.

materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4° de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 60%.

Así mismo, en dicha providencia se indicó que en ninguno de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, exista una disposición que establezca que los soldados voluntarios vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por primera vez, esto es, un salario mínimo aumentado en un 40%; máxime, si se tiene en cuenta que el inciso segundo del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados voluntarios, hoy profesionales, el hecho de que perteneciendo a la misma Institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, situación que obedece a la garantía de conservar los derechos adquiridos, sin perjuicio que una vez convertidos en soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban.

Por último, el Consejo de Estado fijó **cuatro reglas jurisprudenciales** para decidir las controversias judiciales relacionadas con el reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, así:

- ✓ De conformidad con el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por primera vez, a partir del 1° de enero de 2001, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.
- ✓ De conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, 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%.
- ✓ 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.
- ✓ Dicha sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esa oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.

2.2.6.3. Análisis del cumplimiento de este requisito

Contrastadas las pruebas obrantes en el expediente con la normatividad aplicable al caso, encuentra el Despacho que es necesario analizar las circunstancias fácticas respecto de la condición laboral del demandante en las Fuerzas Militares y las normas que le resultan aplicables en materia salarial y prestacional.

El artículo 2° de la Ley 4ª de 1992, dispuso que para la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, se respetarían los derechos adquiridos, de tal manera que no podían desmejorarse los salarios y prestaciones sociales de los militares con el transcurrir de la normatividad, situación que se

encuentra reflejada nuevamente en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, al sostener:

*“RÉGIMEN 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.**”*
(Negrilla fuera de texto).

Conforme a lo anterior, es claro que los soldados voluntarios que ingresaron al Ejército Nacional con anterioridad al año 2000, tienen derecho al reconocimiento de una bonificación correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente con un incremento del 60%, el cual debe ser protegido por las normas posteriormente expedidas, en razón a ser considerado como un derecho adquirido por el mismo, pese a que el inciso primero del Decreto 1794 de 2000, pareciera modificar dicha circunstancia al señalar que:

“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 embargo, esta misma norma en su inciso segundo dispuso:

“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%)”

Con la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 25 de agosto de 2016, se clarificó sin lugar a dudas que, de acuerdo con las previsiones del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por primera vez, a partir del 1° de enero de 2001, correspondería a la prevista en la ley, es decir, a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un **40%**.

La regla antes mencionada es la que resulta aplicable al caso del accionante, en la medida en que en efecto, se encuentra acreditado en el expediente que el soldado profesional IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO, se incorporó como soldado profesional desde el 30 de diciembre de 2006⁶.

Lo anterior evidencia, que tal y como lo advierte desde un primer momento el Ejército Nacional en el oficio de 3 de octubre del 2017, la incorporación a la institución del soldado Iván Antonio Sánchez Rubio, fue en calidad de soldado profesional, es decir, no ostentó previo a ello, la calidad de soldado voluntario, lo cual tiene además su razón, en que su ingreso se materializó a partir del mes de noviembre del año 2006, fecha en la cual la categoría antes mencionada no hacía parte de los rangos de la institución, en virtud de la aplicación de las disposiciones del Decreto 1794 del año 2000, que dispuso la homologación de los soldados voluntarios a soldados profesionales.

De tal manera que en el contexto anterior, no es válido afirmar que se está quebrantando el derecho a la igualdad del convocante, por cuanto su ingreso a la institución fue posterior al año 2000, de tal suerte que el régimen aplicable en su integridad es el contenido en el Decreto 1794 del 2000, que implica que su salario corresponde a la asignación básica aumentada en un 40%.

No es posible por tanto, equiparar su situación, a la de los antiguos soldados

⁶ Ver folio 21

voluntarios, quienes en virtud de las disposiciones de la Ley 131 de 1985, devengaban una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, y a quienes al ser parte del proceso de homologación, si se les desmejoraron notablemente sus condiciones salariales en virtud de dicho cambio, lo que evidentemente justifica que por vía de unificación jurisprudencial se haya reconocido el reajuste reclamado, en aras de proteger los derechos laborales adquiridos, caso que valga decirse, dista de la situación del SLP Sánchez Rubio, quien como ya se dijo, se incorporó en vigencia del Decreto 1794 del 2000, es decir, no ostentó con anterioridad un régimen salarial que le fuera más favorable.

De acuerdo con todo lo antes explicado, este Despacho considera que en el presente caso el acuerdo al que llegaron las partes no se ajusta a la legislación y a los parámetros normativos aplicables, por lo que el mismo deberá improbarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: Impruébese el acuerdo conciliatorio total prejudicial efectuado ante la Procuraduría 23 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Cúcuta, el 19 de marzo de 2019, entre el soldado profesional IVÁN ANTONIO SÁNCHEZ RUBIO y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

SEGUNDO: Comuníquese la presente decisión a la Procuraduría 23 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Cúcuta.

TERCERO: En firme esta providencia **archívese** la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JENNY LIZETH JAIMES GRIMALDOS
 Juez.-

<p>JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL CÚCUTA – NORTE DE SANTANDER</p> <p>ESTADO ELECTRÓNICO N° 023</p> <p>POR ANOTACIÓN EN EL PRESENTE, NOTIFICO A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR. HOY _____ A LAS 8:00 a.m.</p> <p>WILMER MANUEL BUSAMANTE LÓPEZ Secretario</p>
