



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué- Tolima, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: **Andrés Felipe Marín Serna**
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional
Radicación: 73001-33-33-004-**2022-00173-00**

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia anticipada dentro del presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor ANDRÉS FELIPE MARÍN SERNA en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL, radicado con el N°. 73-001-33-33-004-**2022-00173-00**, previo agotamiento de las etapas descritas en la misma.

1. Pretensiones

Se pretende la nulidad parcial del acto ficto o presunto originado en la petición radicada por el demandante ante la accionada el 24 de febrero de 2022, bajo el número 706260.

Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Entidad demandada a: i) reconocer y pagar a favor del demandante los intereses a las cesantías del 12% de conformidad con lo consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, desde la fecha en que ingresó al Ejército Nacional y hasta la fecha de su retiro; ii) como sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, pagar al demandante el valor de las cesantías “doble vez”, conforme a la Ley 52 de 1975; iii) ajustar el valor resultante de la anterior condena con base en el Índice de Precios al Consumidor - I.P.C. certificado por el DANE; iv) pagar las costas procesales y agencias en derecho, conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y a la sentencia C-539 del 28 de julio de 1999, proferida por la H. Corte Constitucional; y, v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos:

1. Que el actor prestó sus servicios al Ejército como soldado profesional, desde el 23 de junio de 2002 y hasta el 30 de enero de 2021 y fue retirado por haber cumplido más de 20 años de servicio.
2. Que anualmente el Ministerio de Defensa consignó las cesantías del demandante en la Caja Honor, por disposición del artículo 1° de la Ley 973 de 2005; no obstante;

durante todo el tiempo laborado por el demandante la Entidad no le pagó directamente los intereses sobre las cesantías, ni se los consignó anualmente en la mencionada Caja, conforme lo establece el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

3. Anualmente, las cesantías del demandante consignadas en la Caja de Honor ganaban intereses como dividendos, de acuerdo con lo regulado por el artículo 22 de la Ley 973 de 2005, pero estos intereses no son los que consagra el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que corresponde pagar al empleador y que son equivalentes al 12% anual o proporcionales por fracción, por lo tanto, la no haberse cumplido oportunamente con esta obligación, la demandada debe ser condenada a pagar dichos intereses doblemente, como lo dispone el artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

4. Por la fecha de ingreso del demandante como soldado profesional, no les es aplicable el régimen de cesantías regulado en el artículo 9° del Decreto 1794 de 2000, por disposición expresa del Decreto 1252 de 2000, la normatividad que se aplica es el régimen general de cesantías de la Ley 50 de 1990.

3. Normas Violadas y Concepto de violación

Constitución Política de Colombia, Artículos 1, 2, 6, 11, 53, 90, Art 216, 217, Artículos 138 y s.s. Ley 4 de 1992, ley 50 de 1990, ley 52 de 1975, ley 973 de 2005.

Se afirma que el decreto 1252 de 2000 establece que los miembros de las fuerzas públicas, a partir de la entrada en vigencia de esa norma son beneficiarios del régimen general de cesantías establecido en su artículo primero que reza: *“Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías.”* En tal sentido se señala que al accionante no le es aplicable el régimen de cesantías regulado en el decreto 1794 del 2000 artículo 9 y que por el contrario, le debe ser aplicado el régimen general de cesantías por la fecha de ingreso como miembro de la fuerza pública en calidad de soldado profesional, de tal suerte que por estar vigente para dicha data el decreto 1252 del 2000, será éste el que tenga vocación de gobernar el régimen de cesantías para el actor, razón por la cual tienen derecho a que se le cancele el 12 % de los intereses a las cesantías según la ley 50 de 1990 artículo 99.

4. Contestación de la Demanda.

La apoderada de la Entidad demandada manifiesta que en el presente caso no hay lugar a acceder a las pretensiones porque el demandante no se encuentra amparado por el régimen general de cesantías – Ley 50 de 1990 - sino por el Decreto 1794 de 2000 *“por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”*, norma que es especial, que debe aplicarse en su integridad y que no consagra el pago de intereses sobre las cesantías de ese personal, ni reconoce sanciones por el pago tardío de esa prestación. La demandada propuso las siguientes excepciones: *Legalidad de los actos*

administrativos enjuiciados y carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada.

5. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 1° de julio de 2022 correspondió por reparto a este Juzgado, quien mediante auto de fecha 26 de julio del mismo año ordenó la admisión de la demanda.

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro del término de traslado de la demanda, la entidad demandada contestó la demanda.

Luego, mediante auto adiado 20 de febrero de 2023, se dio aplicación a lo establecido en el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 41 de la Ley 2080 de 2021, se incorporaron las pruebas y se fijó el litigio. Seguidamente, vencido el término de ejecutoria de la providencia anterior, a través de auto adiado 18 de abril hogaño, se procedió a correr traslado para que las partes presentaran por escrito dentro de los diez (10) días siguientes los correspondientes alegatos de conclusión, así:

6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante

Expuso que aunque mediante el decreto 1794 de 2000, se expide un “régimen” referente a las cesantías, este debía en su expedición, respetar los mandatos constitucionales y jerárquicos de todas las normas que están por encima de él, siendo notoriamente regresivo en tanto no incluyó la figura de los intereses a las cesantías, cuando una norma anterior – ley 50 de 1990-contemplaba dicha prestación social.

Expone que sería un evidente retroceso a los derechos de los trabajadores, afectando así, la regla de no regresividad y el principio de progresividad de la ley, aceptar la conclusión a la que llega el extremo demandado, en lo que atañe a la aplicación de la normatividad referida. Solicita entonces que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada

Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 138, 155 numeral 3° y 156 numeral 2° *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda, así como lo señalado en la contestación de la misma, dentro del presente asunto debe el Despacho determinar si, *¿se debe declararse la nulidad del acto ficto o presunto demandado y, en consecuencia, ordenar el reconocimiento y pago a favor del demandante, de los intereses a las cesantías y de la sanción por el no pago de dichos intereses, como lo disponen los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 1° de la Ley 52 de 1975, o si por el contrario, el acto acusado se encuentra ajustado a derecho?*

3. TESIS DE LAS PARTES

Tesis parte actora

Considera que no le es aplicable el régimen de cesantías regulado en el Decreto 1794 de 2000, ya que en atención a la data en la que el accionante ingresó como miembro de la Fuerza Pública, se debe dar aplicación a lo prescrito en el Decreto 1252 de 2000, es decir, se debe dar aplicación al régimen general de cesantías. A partir de lo anterior, sostiene que actor tiene derecho a que se le pague el 12% de los intereses a las cesantías según la Ley 50 de 1990, siendo procedente la declaración de nulidad del acto administrativo ficto demandado, que habría sido expedido con desviación de poder.

Tesis parte demandada

Sostiene que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada por parte del demandante, pues por estar adscrito a un régimen prestacional propio de las Fuerzas Militares, el demandante se encuentra excluido del régimen general de cesantías.

4. TESIS DEL DESPACHO

El demandante no demostró la desviación de poder y por el contrario, el acto acusado garantiza la aplicación de los principios de especialidad, igualdad material, e inescindibilidad normativa. Además de ello, el Despacho concluye que el régimen propio aplicable al accionante contempla la prestación aludida, sin que con ello entonces se vulnere su derecho a la igualdad.

5. MARCO JURÍDICO

1.1. Régimen General de Cesantías

Las cesantías fueron contempladas en la Ley 6 de 1945 como un derecho de carácter prestacional en favor de los trabajadores oficiales, que debía ser reconocido por el patrono a razón de un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año.

Este derecho prestacional fue extendido a todos los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, departamentos, intendencias, comisarias, municipios y particulares, en virtud de lo

dispuesto en el artículo 1º de la Ley 65 de 1946 y se constituyó en una obligación a cargo del Estado en beneficio de sus empleados.

El Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro (FNA), consagrando el pago oportuno de las cesantías a empleados públicos y trabajadores oficiales como uno de sus principales objetivos, las cuales serían liquidadas anualmente según los artículos 27 y 28 ibidem, a partir del 1º de enero de 1969, y en caso de retiro, el respectivo Ministerio, Departamento Administrativo, Superintendencia, Establecimiento Público o Empresa Industrial y Comercial del Estado, liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido durante el año de retiro. Dicho decreto no era aplicable a los servidores públicos del orden territorial, quienes se encontraban sujetos al régimen de cesantías dispuesto en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, esto es, al retroactivo.

Por su parte, la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, establece en su artículo 99 lo relativo al auxilio de cesantías y con relación a los **intereses** se indicó en su numeral 2:

“ARTÍCULO 99.- Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

(...)

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”

La Ley en cita se expidió con la finalidad de introducir reformas al Código Sustantivo del Trabajo, por lo que tal disposición estaba destinada únicamente a empleados o trabajadores cuyas relaciones laborales estuvieran regidas por dicho estatuto. Sin embargo, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se extendió el régimen anualizado de liquidación de cesantías a los servidores públicos que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996, y se hizo extensiva la normatividad que estuviera rigiendo en materia de cesantías, siempre que fuera compatible con la liquidación allí ordenada, así:

“Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

A su vez, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, que reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 334 de 1995 y 5 de la Ley 432 de 1998, amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, al establecer que “El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en su artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 ...”.

Posteriormente, el Decreto 1252 del 2000, que estableció normas para el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública, en su artículo 1º determinó que quienes se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia de dicho decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso, aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías.

Asimismo, se consagra que los fondos o entidades públicas, **incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar** que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, **seguirán haciéndolo.**

Igualmente, fijó un régimen de transición indicando los servidores públicos que, a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

Finalmente, esta normativa fue replicada por el Decreto 1919 de 2002, al considerar que quienes estuvieren disfrutando del régimen de cesantías retroactivas, continuarían gozando de él.

1.2. Régimen de cesantías de los miembros de la Fuerza Pública – Soldado Profesional

Con la Ley 131 de 1985 se dictaron normas sobre el servicio militar voluntario, disponiendo que el soldado voluntario que fuera dado de baja, tenía derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto Ley 1793 de 2000, correspondiente al Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, y en el parágrafo de su artículo 5 determinó que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses; y que a estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

En el artículo 34, el citado Decreto señaló que con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expediría el régimen salarial y prestacional del soldado profesional, sin desmejorar derechos adquiridos.

Posteriormente, entró en vigencia el Decreto 1794 de 2000, *“por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”*, cuyo artículo 9º reguló específicamente lo referente al reconocimiento del derecho de los soldados profesionales a las cesantías, indicando que el soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente **y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional.**

Se advierte que dicho Decreto no contempló ninguna disposición sobre intereses a las cesantías.

Dentro del régimen especial, sin embargo, no puede dejarse por fuera del análisis lo relativo a la creación y funcionamiento de la Caja de Vivienda Militar, la cual nació en virtud de lo dispuesto en la Ley 87 de 1947 y el Decreto 3211 de 1963, como un *establecimiento público, esto es, un organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado de desarrollar la política y los planes generales que en materia de vivienda adopte el Gobierno en relación con el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en actividad o en retiro.*

Las normas de creación fueron modificadas luego, con la expedición de los Decretos 3073 de 1968 y 2182 de 1984.

Al analizar dichas normas, se evidencia que la precitada CAJA contó desde sus inicios como afiliados forzosos a los miembros de la fuerza pública que carecieran de vivienda y aunque en sus albores, no previó el pago de interés alguno, ello cambió con la expedición del Decreto ley 353 de 1994 *“Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones”*, modificado tiempo después por la Ley 973 de 2005.

Inicialmente el Decreto en mención dispuso:

Texto original del Decreto 353 de 1994:

ARTÍCULO 22. A partir de enero 1o de 1995 la Caja Promotora de vivienda Militar, **reconocerá un interés sobre los aportes de sus afiliados y vinculados por contrato de prestación de servicios y de quienes se afilien o vinculen en lo sucesivo a la fecha señalada. Se exceptúa el personal que a 31 de diciembre de 1994 haya cumplido los 14 años de afiliación o vinculación.**

PARAGRAFO 1o. **Los intereses que se reconozcan y abonen a las cuentas individuales no podrán ser inferiores a la corrección monetaria y sólo se entregaran cuando el afiliado o vinculado por contrato de prestación de servicios, haya cumplido los requisitos de antigüedad establecidos para obtener vivienda.**

PARAGRAFO 2o. Los excedentes que se registren, una vez abonados los intereses de que trata el numeral anterior, serán distribuidos por la Junta Directiva, a favor del afiliado, de los vinculados por contrato de prestación de servicios y de la Caja Promotora de Vivienda Militar, con destino a su operación y funcionamiento.

Posteriormente, con la expedición de la **Ley 973 de 2005** se estableció:

***"ARTÍCULO 8o.** El artículo 13 del Decreto-ley 353 de 1994, quedará así:*

***"Artículo 13. Recursos.** Los recursos de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía estarán constituidos por:*

- 1. Los aportes que se incluyan en el Presupuesto Nacional.*
- 2. Los rendimientos financieros, producto de operaciones con los activos de la Caja.*
- 3. Los recursos que alimentan las cuentas individuales de los afiliados. El conjunto de cuentas individuales constituirá patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, independiente del patrimonio de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.*
- 4. Las cesantías y el ahorro que los afiliados comprometan con cargo a la obligación hipotecaria con la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, así como las cuotas de amortización mensuales o abonos que realicen para pago de dichos créditos.*
- 5. Las cesantías de los miembros de la Fuerza Pública en los términos de la presente ley.***
- 6. Los demás ingresos que le sean reconocidos legalmente".*

***ARTÍCULO 9o.** El artículo 14 del Decreto-ley 353 de 1994, quedará así:*

***"Artículo 14. Afiliados forzosos.** Es afiliado forzoso de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, el siguiente personal que al momento de afiliarse carezca de vivienda propia, en todo tiempo.*

- 1. Los Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares.***
- 2. El personal indicado en el numeral anterior, cuando se encuentre devengando asignación de retiro o pensión.*

3. Los Oficiales, Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo, agentes y personal no uniformado de la Policía Nacional.

4. El personal indicado en el numeral anterior, cuando se encuentre devengando asignación de retiro o pensión.

5. Los servidores públicos de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.

(...)

ARTÍCULO 13. El artículo 22 del Decreto-ley 353 de 1994, quedará así:

"Artículo 22. Intereses. **A partir de enero 1o de 1995** la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, reconocerá un interés anual sobre los aportes de sus afiliados según lo establezca la Junta Directiva **y sólo se entregarán cuando el afiliado haya cumplido los requisitos para solución de vivienda o cuando se presente alguna de las causales de desafiliación.** Se exceptúa el personal que a 31 de diciembre de 1994 haya cumplido los 14 años de afiliación o vinculación.

PARÁGRAFO 1o. Los intereses que se reconozcan y abonen a las cuentas individuales no podrán ser inferiores a la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC). Certificado por el DANE para el período de causación. La Junta Directiva de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, reglamentará las condiciones para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 2o. Los excedentes financieros que se registren en cada vigencia, una vez abonados los intereses que se reconozcan a los afiliados, serán distribuidos por la Junta Directiva a favor del afiliado y de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía con destino al cumplimiento de su objeto social, su operación y funcionamiento. Asimismo, con cargo a los excedentes financieros, la Junta Directiva podrá autorizar la constitución de provisiones que garanticen el cumplimiento de su objeto, o para que los afiliados que cumplan o hayan cumplido los requisitos, puedan acceder al subsidio de vivienda".
(Negrillas fuera de texto)

6.- De lo probado en el proceso

1.- Según se extrae de la Hoja de Servicios No. 3-75095403 arrimada al expediente, el accionante, señor ANDRES FELIPE MARIN SERNA, ingresó al servicio del Ejército nacional como soldado profesional, en data 23 de junio de 2002, produciéndose el retiro del servicio el 30 de abril de 2021 (índice 03 expediente electrónico)

2.- Como consta en el texto de la Resolución 5674 del 31 de marzo de 2021, al accionante se le reconoció asignación de retiro a partir del 30 de abril de dicho año (índice 03 expediente electrónico).

3.- Al retiro del servicio, mediante Resolución 300854 del 02 de septiembre de 2021, se reconocieron cesantías definitivas al accionante, por valor de \$548.767, a nombre de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía; entidad ante la cual podría solicitar el pago de los dineros reconocidos (índice 11 expediente electrónico).

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Se acusa de nulo el acto administrativo demandado, afirmando el demandante por conducto de su apoderado, que fue expedido con **desviación de poder**, vicio que, como lo ha explicado el Consejo de Estado, se configura cuando el autor del acto persigue unos fines diferentes a los autorizados por la norma¹:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (art. 2o. de la Constitución Política y el art. 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.

Como lo tiene establecido el Consejo de Estado, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción; ciertamente, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad”.

El actor considera que la negativa de la entidad al reconocimiento y pago del 12% de intereses a sus cesantías, y la sanción por el no pago de estos, constituye una desviación de poder, como consecuencia de la actuación de los servidores públicos por fuera de los causes de sus potestades públicas, asegurando que desconoce la protección especial que la norma le concede, pues le niega los derechos adquiridos por su vínculo laboral, abusándose por parte del servidor público que lo profirió, de sus poderes o facultades, premisa que se traduce en el fundamento central para pedir la anulación de la decisión demandada.

Se afirma también que el acto demandado viola las normas en que debía fundarse, al no respetar los derechos prestacionales de los soldados profesionales al momento de liquidar las correspondientes cesantías.

Volcada la mirada del Despacho sobre la relación laboral forjada entre el Ejército Nacional y el señor **Marín Serna**, se tiene que, al vincularse como soldado profesional en el año 2002, al demandante le es aplicable íntegramente lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000, en su artículo 9°:

“Artículo 9.Cesantías. *El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de*

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Radicación: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014) Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C. 19 de enero de 2017

servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional”

La norma en cita contempló que los soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento de cesantías en un valor equivalente a un salario básico, aumentado en un 6.5%, que corresponde a la prima de antigüedad (parágrafo del artículo 2° del decreto precitado), liquidada anualmente.

A su turno, el régimen general de cesantías, cuya aplicación parcial se pretende, establece que los trabajadores tienen derecho a la liquidación de sus cesantías de manera anualizada y **además a que sobre esa suma se reconozca un interés del 12%.**

Ahora bien, aunque *a priori* pueda predicarse un trato distinto entre los dos regímenes prestacionales, resulta inadecuado afirmar que el mismo constituya una vulneración a la Constitución, o de las demás normas y principios del ordenamiento jurídico. Resulta evidente que el legislador admitió la constitución de regímenes especiales aplicables a grupos específicos, cuyas circunstancias o particularidades justifican un trato diferente, el cual, no por el simple hecho de serlo, afecta el principio constitucional de igualdad material, de conformidad con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-956 de 2001:

“Estos regímenes tienen además un sustento constitucional expreso, ya que la Carta precisa que la ley señalará el régimen prestacional específico de estos servidores públicos. Por ello esta Corporación había manifestado que “fue voluntad del Constituyente que la ley determinara un régimen prestacional especial para los miembros de la Fuerza Pública, que necesariamente debe responder a las situaciones de orden objetivo y material a que da lugar el cumplimiento de sus funciones”.

Así las cosas, se resalta que los regímenes especiales deben ser aplicados integral y conjuntamente, pues las diferencias que puedan tener con el régimen general encuentran fundamento constitucional, dentro del marco del principio de igualdad material.

Inaplicar selectivamente disposiciones específicas del régimen especial, con miras a favorecer al demandante, dando aplicación a fragmentos del régimen general, no solo resultaría vulnerador del principio de igualdad, sino también, los principios de especialidad y de inescindibilidad de la norma, por el cual resulta imperioso dar aplicación íntegra a una disposición legal, sin que sea admisible realizar escisiones o fragmentarla.

Volviendo al análisis del régimen prestacional que cobija al demandante, no resulta en modo alguno adecuado señalar que aquel no contempla el pago de intereses causados sobre el saldo de las cesantías, por cuanto de acuerdo con lo determinado en las normas que rigen el funcionamiento de la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR y de POLICÍA que se transcribieron atrás, resulta evidente que aquellos reciben anualmente dicho pago, que además de que no puede ser inferior al IPC causado en el año anterior, se abona en la cuenta individual del afiliado forzoso, y sólo se entregan directamente a aquel, cuando haya solución de vivienda.

Entonces, además de concluirse que el régimen especial SI contempla el reconocimiento solicitado, se puede indicar que en determinados eventos resultaría ser incluso más beneficioso que aquel 12% contemplado en la Ley 50 de 1990 en tanto, en años como el que acabamos de finalizar -2022-, el IPC causado puede ser incluso superior al porcentaje aludido.

Mírese que el sistema de afiliación forzosa a CAJAS O FONDOS como la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR, en primer lugar, se encuentra autorizado expresamente conforme lo determina el mismo decreto al que hace alusión el accionante, esto es el Decreto 1252 de 2000 y en segundo término, en modo alguno puede considerarse regresivo o desigual, en tanto la prestación no desaparece, sino que se encuentra permeada por la voluntad del legislador², de brindar otro tipo de amparo al servidor público integrante de las fuerzas militares, frente a una necesidad que suele preocupar a la mayoría de trabajadores y aún, constituir su anhelo más imperioso y profundo, cual es el de procurar el acceso a una vivienda digna.

Por tanto, concluye el Despacho que no le asiste razón al demandante al solicitar el reconocimiento y pago de una prestación que sí se encuentra contemplada dentro del marco legal que le es propio, solamente que, encauzada al objetivo previsto en las normas de creación de la CAJA a la que se encontraba afiliado.

Al estudiar la voluntad de la administración plasmada en el acto ficto o presunto demandado, se encuentra que lejos de constituir una desviación de poder y/o de violar las normas en que debería fundarse, aquella obedece a los principios de especialidad y de inescindibilidad de la norma, pues como se vio, el régimen prestacional especial del demandante se encuentra contenido en el Decreto 1794 de 2000, que aunque no contempla el reconocimiento y pago de intereses de cesantías directamente al beneficiario, si lo hacen las normas que regulan el funcionamiento de la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA.

Debe además señalarse que el actor no demuestra que los intereses previstos en la Ley 973 de 2005 no le hayan sido cancelados o abonados en su cuenta individual, por lo que mal podría el despacho suponer un incumplimiento al respecto.

En consecuencia, el Despacho negará las pretensiones de la demanda.

8. CONDENA EN COSTAS

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018³, verificando en consecuencia que la entidad demandada desplegó actividades en pro de su defensa con la contestación de la demanda y la presentación de los alegatos de conclusión,

² Ley 973 de 2005

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

razón por la cual, atendiendo la cuantía del asunto, se fijará la suma de CINCUENTA Y OCHO MIL PESOS (\$58.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la entidad demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué Tolima**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda promovida por ANDRÉS FELIPE MARÍN SERNA contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante. Conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se fija la suma de CINCUENTA Y OCHO MIL PESOS (\$58.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la entidad demandada, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
Jueza