

Cartagena de Indias D.T y C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2019-00272-01
Demandante	JOHN JAIRO GARCÍA PADILLA
Demandado	NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL
Tema	<i>Vulneración al derecho a la igualdad en cuanto a la no aplicación de la CE-SUJ2-015-19, por no haber estado vinculado como soldado voluntario antes del 31 de diciembre de 2000.- En cuanto a la aplicación del Decreto 1794 de 2000 para el reajuste del subsidio familiar, no le asiste derecho si el vínculo matrimonial se efectuó en vigencia del Decreto 1161 de 2014.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de decisión No. 004 de Decisión de esta Corporación, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia proferida el once (11) de junio de 2021², por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³.

3.1.1 Pretensiones⁴

1. Que se declare la nulidad del oficio 20180423330367071 MD.CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU.DIPER-DINON-1,10 del 3 de septiembre de 2018, por medio del cual negó el incremento del 20% del sueldo básico y la reliquidación del subsidio familiar.

2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a favor del demandante el incremento del 20% del sueldo básico y la reliquidación del subsidio familiar.

3.1.2 Hechos⁵

¹ doc. 21 exp. Digital

² doc. 19 exp. Digital

³ doc. 01 exp. Digital

⁴ Fols. 2-4 doc. 1 exp. Digital

⁵ Fols. 4-5 doc. 01 exp. Digital

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Manifestó que, en el año 2003 ingresó como soldado profesional, encontrándose casado con la señora Bety Herrera desde el año 2014, con la cual procreó dos hijos y devenga un 25% de su salario básico por concepto de subsidio familiar.

Agregó que, desde su ingreso a la institución ha percibido un salario básico incrementado en un 40%, por lo que el 8 de agosto de 2018 radicó petición solicitando la reliquidación salarial aumentado en un 20% adicional su salario básico; de igual forma, la aplicación del Decreto 1794/2000 en lo referente al subsidio familiar.

La entidad demandada, negó su solicitud manifestando que no tenía derecho al incremento del 20% porque no ingresó como soldado voluntario sino como profesional, y negó de plano la reliquidación del subsidio familiar.

3.2 CONTESTACIÓN⁶

Señaló que, la sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016 proferida por el H. Consejo de Estado, no le aplica por cuanto es para aquellos soldados que habiendo ingresado como soldados voluntarios luego se profesionalizaron y sufrieron esa disminución de la asignación salarial en un 20%.

Lo anterior, no se predica en el caso del actor quien de acuerdo con su extracto de hoja de vida ingresó a la Armada Nacional el 05 de octubre de 2007, luego entonces, nunca ha sufrido la disminución de su asignación salarial, como quiera que siempre se le ha cancelado el mismo salario con los incrementos anuales de Ley. En ese orden de ideas, el derecho a exigir el aumento del 20% no se configura, como quiera que desde un primer momento ingresó y se vinculó a la Armada Nacional como soldado profesional, es decir que su asignación salarial nunca ha sido desmejorada.

Agregó que, para la fecha de vinculación del actor, ya se encontraba vigente el Decreto 1794 de 2000, en el cual se establece claramente que los soldados profesionales que se vinculen a las fuerzas militares a partir de la vigencia del Decreto 1793 de 2000, devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, motivo por el cual la Armada Nacional a través de su división de nóminas no puede cancelar sumas diferentes a las

⁶ Fols. 2-7- Doc. 05 exp. Digital

establecidas dentro del ordenamiento legal de los infantes de marina profesionales.

Respecto al subsidio familiar, indicó que el H. Consejo de Estado en Sentencia de fecha 08 de septiembre de 2017 estableció que la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones contenidas en el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 respecto de situaciones jurídicas no consolidadas, desde el momento de la promulgación y hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014, situación que no es el caso concreto del actor como quiera que en éste ya existía una situación jurídica consolidada de acuerdo con el acto administrativo previamente enunciado.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

Por medio de providencia del 11 de junio de 2021, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

Indicó que, la SU del Consejo de Estado fijó reglas jurisprudenciales para el incremento del 20% del salario básico, consiste en que se debe pagar el equivalente a un SMLMV aumentado en un 60%, aplicado a aquellos que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios bajo el imperio de la ley 131 de 1985 y que luego pasaron a ser soldados profesionales. En el caso que nos ocupa, el actor inició como soldado profesional desde el 18 de febrero de 2002, es decir, nunca fue cobijado por la ley 131 de 1985.

En cuanto al subsidio familiar, el Honorable Consejo de Estado profirió sentencia mediante la cual declaró la nulidad con efectos Ex Tunc del Decreto 3770 de 2009, teniendo en cuenta que el reconocimiento del subsidio familiar del actor se consolidó, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1162 de 2014, mediante el acto OAP No. 0811 del 15 de octubre de 2014, es decir, antes que se profiriera la sentencia de fecha 08 de septiembre de 2017, no era dable modificar dicha situación jurídica consolidada.

3.3 RECURSO DE APELACIÓN⁸

Reiteró su posición frente a la violación del derecho a la igualdad para el reconocimiento del incremento del 20%, indicando que la sentencia del Consejo de Estado trajo consigo efectos colaterales en los soldados profesionales por cuanto no se les permitió su aplicación, marcando una diferencia salarial entre soldados voluntarios y profesionales.

⁷ doc. 19 exp. Digital

⁸ doc. 21 exp. Digital

Respecto al subsidio familiar, no se refirió concretamente a los fundamentos del A-quo para su negativa, se limitó a citar las normas que regulan la materia y la jurisprudencia referente a la misma.

3.4 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 23 de julio de 2021⁹, por auto del 26 de enero de 2022 se admitió el recurso de alzada¹⁰.

3.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.5.1. Parte demandada¹¹: Solicitó se confirme la sentencia apelada.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Se encuentra violado el derecho a la igualdad del actor, al no resultarle aplicable la sentencia de unificación SUJ2-015-19, que ordena el reajuste del 20% de la asignación básica de los soldados profesionales que, a 31 de diciembre de 2000, estuvieron vinculados como soldados voluntarios?

¿Hay lugar a la reliquidación del subsidio familiar que percibe el demandante en el porcentaje establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto no se evidencia vulneración al derecho a la igualdad del actor en cuanto a la no aplicación para su caso en concreto de la CE-SUJ2-015-19, por no

⁹ Doc. 25 exp. Digital

¹⁰ Doc. 27 exp. Digital

¹¹ Doc. 30 exp. Digital

haber estado vinculado como soldado voluntario antes del 31 de diciembre de 2000.

En cuanto a la aplicación del Decreto 1794 de 2000 para el reajuste del subsidio familiar, no le asiste derecho por cuanto su vínculo matrimonial se efectuó en vigencia del Decreto 1161 de 2014.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.1. 5.4.1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Sala aplicará la sentencia de Unificación jurisprudencial **CE-SUJ2-015-19, proferida por el Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019¹²**, Sección Segunda, Subsección A, en la que se fijaron reglas jurisprudenciales sobre los siguientes temas: i.- El reajuste del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro; ii.- Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; iii.- La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; iv.- Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, v.- Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, vi) Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Las reglas son las siguientes:

1. Las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

i.- Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

ii.- Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

¹² Radicado interno: 1701-16.

2. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

Para analizar este tema, es necesario recordar que la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016**¹³. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 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%.

La Regla es la siguiente:

i.- La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador;

ii.- Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.

Esta Sala en virtud a su competencia, se pronunciará solo frente a los argumentos que sustentaron el recurso de alzada, en ese sentido, descendiendo en el caso en concreto, se tiene que el demandante alegó la violación al derecho a la igualdad para el reconocimiento del incremento del 20%, al no aplicársele la SUJ2-015-19. Respecto al subsidio familiar, no se refirió concretamente a los fundamentos del A-quo para su negativa, limitándose a citar las normas que regulan la materia y la jurisprudencia referente a la misma.

Frente al primer reparo, esta Sala se permite citar lo establecido en la SUJ2-015-19, respecto al derecho a la igualdad entre soldados voluntarios y profesionales.

“(…) Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime¹⁴ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»¹⁵, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»¹⁶, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994¹⁷ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005¹⁸, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

¹⁴ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

¹⁵ T-587 de 2006.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

¹⁸ Por la cual se modifica el Decreto-ley [353](#) del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes¹⁹. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

(...)

En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales".

Ahora bien, en síntesis, en el siguiente cuadro se ilustran las diferencias que el nuevo régimen salarial trajo para los soldados profesionales:

Concepto	Soldados voluntarios Ley 131 de 1985 y Decreto 370 de 1991	Soldados profesionales Decreto 1794 de 2000
REMUNERACIÓN MENSUAL	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%.	1 SMLMV incrementado en un 40% para quienes se vincularan al servicio a partir de la vigencia del Decreto. 1 SMLMV incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985.
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58% ²⁰	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%.
PRIMA DE NAVIDAD	1 SMLMV incrementado en un 60% y si no hubiere completado un año de servicio una 1/12 por cada mes completo de servicio.	½ SMLMV
PRIMA DE SERVICIOS	N/A	½ SMLMV

¹⁹ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

²⁰ Esta prima de antigüedad se consagró para los soldados voluntarios en las siguientes normas: Decreto 335 de 1992 (art. 17); Decreto 25 de 1993 (art. 31); Decreto 65 de 1994 (art. 30); Decreto 133 de 1995 (art. 31); Decreto 107 de 1996 (art. 29); Decreto 122 de 1997 (art. 30); Decreto 58 de 1998 (art. 31); Decreto 62 de 1999 (art. 32); Decreto 1463 de 2001 (art. 31); Decreto 2737 de 2001 (art. 31); Decreto 745 de 2002 (art. 31) y Decreto 3552 de 2003 (art. 30).

PRIMA DE VACACIONES	N/A	½ SMLMV
VIVIENDA FAMILIAR	N/A	Acceso a beneficios
SUBSIDIO FAMILIAR	N/A	4% del salario básico mensual por cada año de servicio hasta un máximo de 58%.
CESANTÍAS	Una bonificación por año de servicios y proporcional por las fracciones de meses.	Salario básico más prima de antigüedad por año de servicios.

En conclusión, nuestra máxima Corporación determinó que en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Así las cosas, a la luz de la jurisprudencia de nuestras máximas Cortes, no se evidencia violación al derecho de la igual alegado por el actor.

En cuanto al subsidio familiar, evidencia esta Sala que el demandante no planteó los reparos a los fundamentos expuestos por el A-quo, sin embargo, esta Sala confirmará la negativa de la sentencia de primera instancia, por cuanto de los hechos de la demanda²¹ y el oficio 20180423330367071²², el actor contrajo matrimonio el 11 de julio de 2014, cuando se encontraba vigente el Decreto 1161 de 2014, el cual estableció en su artículo 1 el derecho al subsidio familiar y su porcentaje, determinando un 20% por la cónyuge, por el primer hijo el 3%, y por el segundo hijo el 2%, en ese sentido, al tener dos hijos la sumatoria de los tres arroja un 25%, que fue lo reconocido por la demandada²³, según la información suministrada en el oficio demandado.

En ese orden de ideas, no hay motivo alguno para revocar la sentencia de primera instancia, por lo que será confirmada en su totalidad.

5.3. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.

²¹ Fol. 50 doc. 01
²² Fol. 55-56 doc. 01
²³ Ver desprendibles de nomina fols. 21-32 doc. 05

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

De igual forma, se advierte que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado²⁴, ha adoptado un criterio objetivo-valorativo de la imposición de condena en costas.

Con base en lo anterior, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida dentro del asunto, señor Jhon Jairo García, no obstante, se encuentra demostrado que al momento de la interposición de la demanda el demandante se respaldó en fundamentos legales y jurisprudenciales, por lo que esta Corporación se abstendrá de imponer dicha condena, en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

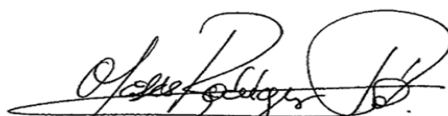
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas a la parte demandante en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

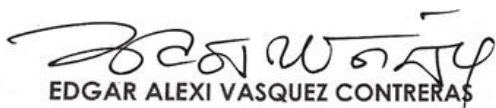
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 004 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

²⁴ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de enero de 2021. Radicación: 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016; y sentencia del 07 de abril de 2016. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). M.P. William Hernández Gómez.