

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2020-00125-01
Demandante	JOSÉ MANUEL BARRIOS CABARCAS
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL
Tema	<i>Se confirma – No hay lugar al reajuste del salario básico de soldado profesional, con un incremento del 40% al 60%, en aplicación del principio a la igualdad, debido a que su incorporación como soldado voluntario no fue en virtud de la Ley 131 de 1985, ni antes del 31 de diciembre de 2000, por el contrario, esta se efectuó en vigencia del D. 1794 de 2000.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia proferida el catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021)², por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³.

3.1.1 Pretensiones⁴

- Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No. 20180423330232971/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-10.0 del 05 de junio de 2018 y No. 20180423330321961/ /MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHUDIPER-DINOM-1.10 del 06 de agosto de 2018, expedidos por la Armada Nacional.
- Que se inaplique por inconstitucionalidad el inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 (parcial), y el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014.
- Que en consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a

¹ Doc. 17 exp. Digital.

² Doc. 15 exp. Digital.

³ Fols. 3 – 50 doc. 01 exp. Digital.

⁴ Fol. 5 – 6 doc. 01 exp. Digital.

13001-33-33-008-2020-00125-01

reliquidar el salario mensual del demandante con un incremento del 20%, así como los factores salariales adicionales de liquidación y las prestaciones sociales periódicas, a partir del 06 de octubre de 2007, fecha en la cual ingresó a las Fuerzas Militares, de manera indexada y junto con los intereses causados.

- Que se ordene la reliquidación retroactiva del subsidio familiar devengado por el actor, aplicando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, pagando las diferencias que resulten, de manera indexada y con los intereses que en derecho corresponda, a partir del 06 de octubre de 2007, fecha en la cual ingresó a las Fuerzas Militares.

3.1.2 Hechos⁵

La parte actora relató que, una vez culminado el curso de formación, ingresó a las Fuerzas Militares de Colombia en el año 2007, ostentando el cargo de infante de marina. Al respecto, indicó que, su régimen salarial inició bajo la aplicación de los Decretos 1793 y 1694 de 2000 siéndole reconocida, desde su vinculación un salario básico equivalente a 1 smlmv incrementado en un 40%.

Adujo que, el 31 de julio de 2018⁶ solicitó ante la accionada la reliquidación salarial teniendo en cuenta la diferencia entre lo devengado por dicho concepto frente al valor reconocido a otros soldados profesionales, quienes perciben una asignación básica de 1 smlmv incrementado en un 60%. La petición anterior fue resuelta mediante acto administrativo No. 20180423330321961/ /MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHUDIPER-DINOM-1.10 del 06 de agosto de 2018⁷, en el cual se negó lo pedido, bajo el argumento de que no fue incorporado al servicio como soldado voluntario, sino como soldado profesional.

Por otro lado, señaló que, está en unión marital de hecho con la señora Grey Hurtado Simarra, con quien tiene dos hijos, por lo que le es reconocido subsidio familiar equivalente al 25% de su asignación básica, conforme al Decreto 1161 de 2014.

Expuso que, por medio de petición del 31 de mayo de 2018, solicitó ante la entidad demandada la reliquidación del subsidio familiar reconocido, teniendo en cuenta la diferencia existente entre este y aquel que devengan los soldados que ingresaron como voluntarios. Dicha solicitud fue resuelta de forma negativa, a través del acto administrativo No. 20180423330232971/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-10.0 del 05 de junio de 2018, pues a juicio de la entidad, no era procedente aplicar el Decreto 1794 de 2000.

⁵ Fols. 6 – 8 doc. 01, exp. Digital.

⁶ Fols. 65 – 73 doc. 01 exp. Digital.

⁷ Fols. 77 – 78 doc. 01 exp. Digital.

3.2 CONTESTACIÓN⁸.

La entidad demandada, se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda, dado que lo pedido carece de fundamento jurídico, pues los actos demandados se encuentran cobijados bajo la presunción de legalidad, y no se demuestra la existencia de vicios que puedan afectarlo.

Argumentó que, al demandante no le es aplicable la sentencia SU del 25 de agosto de 2016, debido a que esta solo beneficia a aquellos soldados que habiendo ingresado como voluntarios luego se profesionalizaron y sufrieron una disminución de la asignación salarial en un 20%. No siendo el caso del actor, pues este ingresó como soldado profesional a la Armada Nacional el 05 de octubre de 2007, en vigencia del Decreto 1794 de 2000, por lo que 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 (1 smlmv incrementado en un 40%), no siendo posible reconocer sumas diferentes a las establecidas dentro del ordenamiento legal de los infantes de marina profesionales.

En cuanto a la pretensión relacionada con el incremento del subsidio familiar, la entidad anotó que al demandante le fue reconocido el 23% del salario, *“mediante OAP No. 0811 del 15 de octubre de 2014, por unión marital con la señora Grey Hurtado Simarra y el nacimiento de la menor Oriana Barrios Hurtado de conformidad con lo establecido en el Decreto 1161 de 2014, por lo que no es posible acceder a lo pretendido, toda vez 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.”*

Propuso como excepciones de fondo las siguientes: (i) presunción de legalidad del acto acusado; (ii) buena fe; (iii) cobro de lo no debido; y (iv) la de carácter innominada.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁹

Por medio de providencia del 14 de abril de 2021, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

⁸ Doc. 10 exp. Digital.

⁹ Doc. 15 exp. Digital

13001-33-33-008-2020-00125-01

Como sustento de su decisión, precisó que, conforme a la SU del 25 de agosto de 2016, la interpretación adecuada del inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, consiste en que los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 01 de enero de 2000, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 40%, mientras que solo aquellos que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios bajo el imperio de la ley 131 de 1985, y con posterioridad, pasaron a ser soldados profesionales, tenían derecho un incremento del 60%.

Expuso que, el demandante prestó el servicio militar desde 15 de septiembre de 2005 hasta 31 de julio de 2007, luego fue alumno infante profesional desde 01 agosto de 2007 hasta 05 de octubre de 2007, y finalmente se desempeñó como infante profesional desde 06 de octubre de 2007 hasta la presente, es decir, que el actor nunca estuvo cobijado por la ley 131 de 1985, razón por la cual no tenía derecho a la reliquidación de los salarios solicitados.

Por último, en cuanto a la reliquidación del subsidio familiar, el A-quo estimó que mediante la sentencia del 08 de septiembre de 2017, se declaró la nulidad con efectos extunc del Decreto 3770 de 2009, decisión que implica retrotraer las situaciones jurídicas al estado en el cual se encontraban antes de haberse proferido el acto anulado, sin afectar las situaciones jurídicas que se consolidaron, y como quiera que el reconocimiento de esta prestación en favor del señor BARRIOS CABARCAS, se consolidó en virtud del Decreto 1162 de 2014, mediante el acto OAP No. 0811 del 15 de octubre de 2014, antes que se profiriera la sentencia anulatoria, no hay lugar a acceder a su petición.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN¹⁰

La parte demandante recurrió la decisión anterior, argumentando que, al resolver el asunto, se hace necesaria la aplicación del juicio integrado de igualdad leve diseñado por la H. Corte Constitucional, pues los soldados que ingresaron como voluntarios antes de la vigencia del Decreto 1794 del 14 de septiembre del año 2000 y que se trasladaron a la categoría de profesionales, y las personas que ingresaron directamente como profesionales, poseen el mismo rango y fin constitucional, se les aplica en su integridad los Decretos 1793 y 1794 del año 2000, ostentan idénticas funciones, responsabilidades, derechos, deberes, garantías legales y reglamentarias, así como el mismo régimen pensional y prestacional.

Bajo ese fundamento, señaló que si bien la sentencia de unificación protegió el salario de los soldados voluntarios, permitió a su vez la creación de una marcada diferencia salarial dentro de una misma categoría institucional, debido a que, existen soldados profesionales que devengan un sueldo básico

¹⁰ Doc. 17 exp. Digital

13001-33-33-008-2020-00125-01

incrementado en un (60%) y otros cuyo incremento corresponde a un (40%), por el mero hecho de haber sido incorporados mediante un régimen diferente; circunstancia que vulnera el derecho constitucional a la igualdad, el mandato de “*a trabajo igual salario igual*”, los postulados de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, así como los convenios internacionales sobre protección del salario, al permitir discriminaciones injustificadas, toda vez que la simple diferencia en cuanto al tiempo de vinculación y la norma vigente al momento del ingreso no son justificaciones constitucionalmente validas que permitan reconocer un salario mayor a un grupo de soldados profesionales en comparación con el restante de sus compañeros.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso en referencia fue asignado al Tribunal Administrativo de Bolívar, según acta individual de reparto del 27 de mayo de 2021¹¹, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 06 de octubre del mismo año¹², habiéndose ordenado la notificación personal del Ministerio público.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Las partes y el Ministerio Publico se abstuvieron de emitir pronunciamiento al respecto.

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. De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se planteará, así:

¿Tiene derecho el demandante al reajuste de su sueldo básico con un incremento del 40% al 60%, teniendo en cuenta que se le vulnera el

¹¹ Doc. 19 exp. Digital

¹² Doc. 21 exp. Digital

derecho a la igualdad frente a los soldados profesionales que se desempeñaron como voluntarios antes de la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000, quienes devengan un salario aumentado en un 60%?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ el fallo de primera instancia, por estimar que el demandante no tiene derecho al reajuste de su salario con un incremento del 20%, debido a que su incorporación como soldado voluntario no fue en virtud de la Ley 131 de 1985, ni antes del 31 de diciembre de 2000; por el contrario, se demostró que el señor José Barrios Cabarcas ingresó a prestar el servicio militar en el año 2005, y su incorporación como soldado voluntario se efectuó el 01 de agosto de 2007, cuando ya estaba rigiendo el Decreto 1794 de 2000, por lo que no es beneficiario de la transición establecida en el inciso 2º del artículo 1º de esta normativa, ni es dable sostener que este sufrió una disminución del salario básico puesto que nunca devengó la bonificación mensual equivalente a un smlmv, incrementado en un 60%, que constituyera un derecho adquirido, el cual fuera necesario conservar en virtud del principio de progresividad, la protección de los derechos adquiridos y el derecho a la igualdad.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Régimen salarial de los soldados profesionales – Regla jurisprudencial sobre el reajuste salarial del 20% - Sentencia CE-SUJ2 -003-16 de 2016.

El artículo 1º de la Ley 131 de 1985 consagró la posibilidad de que quienes hayan prestado servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados a las Fuerzas Militares, indicando en su artículo 4º, que el soldado voluntario devengaría una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, incrementado en un 60%.

Seguidamente, se expidió el Decreto 1793 de 2000¹³, mediante el cual se definió la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares. El párrafo del dicho artículo¹⁴, dispuso

¹³ “por el cual se adopta el régimen de carrera y el estatuto de personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, Expedido por el Presidente de la Republica, en virtud de la facultad extraordinaria y temporal otorgada mediante la Ley 578 de 2000, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional.

¹⁴ “(...) PARÁGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen (...).”

13001-33-33-008-2020-00125-01

la posibilidad de que los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como soldados profesionales, a partir del 1º de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho.

Po medio del Decreto 1794 de 2000, se adoptó el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, definiendo en su artículo 1º las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales. En efecto, se dispuso que los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares, por primera vez a partir de la vigencia del referido decreto, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario. Por su parte, los soldados voluntarios, es decir, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares de acuerdo con los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su incorporación como soldados profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

La discusión sobre la interpretación del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, y el porcentaje que se debe aplicar a los soldados profesionales que 31 de diciembre de 2000 ostentaban la condición de soldados voluntarios, fue zanjada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la Sentencia SU del 25 de agosto de 2016¹⁵, en la que, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

"i) De conformidad con el inciso 1.º del Artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1.º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

ii) De igual manera, el inciso 2.º del Artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, indicó que la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%."

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

¹⁵ Proceso con radicación 850013333002201300060-01 (3420-15). C.P.: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

5.4.2 La aplicación de la sentencia de unificación CE-SUJ2 -003-16 del 215 de agosto de 2016, no vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales que se vinculan por primera vez

En este punto, se destaca que la decisión anterior fue objeto de aclaración mediante providencia del 06 de octubre de 2016¹⁶, en la cual, al referirse al sobre la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, precisó:

“(…)en todo caso, dicho postulado superior consagrado en el artículo 13 de la Constitución, no es trasgredido por la tesis jurisprudencial adoptada en la sentencia de unificación, puesto que no es posible realizar un juicio o test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por vez primera, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no hubiera tenido vocación de prosperidad.”

Al respecto, se anota que en la sentencia de unificación citada, se indicó que el derecho a percibir un salario mínimo incrementado en 60% de quienes pasaron de voluntarios a profesionales, no surge de comparar ambos regímenes y tomar lo más beneficioso de cada uno, sino de la simple lectura del art. 1 inciso 2º del Decreto 1794 de 2000, que solo condiciona su aplicación a la existencia de vinculación anterior bajo las normas de la Ley 131 de 1985, es decir como soldado voluntario, criterio acorde con el art. 2 parágrafo¹⁷ al referirse a los soldados voluntarios que se incorporan como profesionales; pues, el Decreto 1794 comprende el derecho a percibir el 60% sobre el salario mínimo mensual, razón que también permite colegir que no se vulnera el principio de inescindibilidad de la ley.

Aunado a lo anterior, el trato diferente contenido en el pluricitado art. 1 inciso 2º, no vulnera el principio de igualdad como quiera que, si bien se trata de soldados profesionales es diferente la situación de quienes ingresan con posterioridad al Decreto 1794 de 2000 de aquellos que venían vinculados como voluntarios, *“pues su propósito, fue premiar la antigüedad de quienes con anterioridad habían servido a la Institución”*¹⁸ debido a que estos últimos iniciaron prestando el servicio militar obligatorio y decidieron continuar como voluntarios para luego ser incorporados al régimen profesional, a diferencia de aquellos soldados que ingresaron a la institución sin que previamente

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Providencia del seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE-SUJ2-003-16. C. P.: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

¹⁷ *“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”*

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “B CONSEJERO PONENTE: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE 16 de marzo de 2015 Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02434-01

13001-33-33-008-2020-00125-01

hubiesen prestado sus servicios como voluntarios, circunstancia que hace evidente las condiciones distintas entre estos dos grupos, que justifican un trato diferente.

5.4.2. La función de unificación jurisprudencial de los Órganos de Cierre de las distintas jurisdicciones y, en particular, del Consejo De Estado¹⁹.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la sentencia de la referencia, indicó que, la Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2011, estudió el carácter vinculante de las grandes Cortes de la siguiente manera:

"El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante."

Con base en este entendimiento del principio de legalidad administrativa, reiteró que la jurisprudencia constitucional ha derivado varias reglas sobre la sujeción de la Administración a la jurisprudencia de los órganos de cierre, entre ellas que, las autoridades administrativas están obligadas a observar las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. La obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes es una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad, lo que, a su vez, confiere seguridad jurídica a la aplicación del Derecho y permite que los usuarios de la administración de justicia puedan tener confianza legítima sobre las normas que regulan sus relaciones jurídicas

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Del análisis de las pruebas 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, se tiene que, el motivo de su inconformidad se circunscribe a la negativa del reconocimiento del reajuste de su salario con un incremento del 20%, pues a su juicio, la simple diferencia en cuanto al tiempo de vinculación y la norma vigente al momento de su incorporación, no son justificaciones constitucionalmente válidas que permitan reconocer un salario mayor a un

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00502-00(2177), Actor: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

13001-33-33-008-2020-00125-01

grupo de soldados profesionales en comparación con el restante de sus compañeros, pues dicha situación desconoce el principio de igualdad, entre dos grupos que ostentan el mismo rango, están sujetos al mismo régimen salarial y prestacional, cumplen las mismas funciones y deberes.

Al respecto, es dable reiterar que el H. Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, precisó que los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares, por primera vez a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000, es decir, desde el 01 de enero de 2001, tendrían derecho a devengar un smlmv, incrementado en un 40% del mismo salario; mientras que, los soldados profesionales que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares como soldados voluntarios, de acuerdo con los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un smlmv incrementado en un 60% del mismo salario.

Si bien, con lo anterior se dio un tratamiento distinto entre estos dos grupos, lo cierto es que la diferencia salarial prevista en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, se sustenta en que algunos soldados profesionales venían vinculados como voluntarios en virtud de la Ley 131 de 1985, por lo que no solo tienen una trayectoria dentro de la Institución por haber iniciado prestando el servicio militar obligatorio y decidir con posterioridad continuar como voluntarios para luego ser incorporados al régimen profesional, sino que además, *estos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%"*, circunstancias que no se evidencia respecto de la situación de aquellos que ingresaron con posterioridad al Decreto 1794 de 2000. En razón de ello, la normativa antes señalada, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, en atención al respeto de los derechos adquiridos.

Como quiera que, dentro del plenario está demostrado²⁰ que el demandante prestó el servicio militar desde 15 de septiembre de 2005 hasta 31 de julio de 2007, seguidamente, fue alumno infante profesional desde 01 agosto de 2007 hasta 05 de octubre de 2007, y con posterioridad se desempeñó como infante profesional desde 06 de octubre de 2007 hasta la presente, resulta claro que antes de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000, es decir, al 31 de diciembre de 2000, el señor José Barrios Cabarcas no se encontraba vinculado a la institución como soldado voluntario, pues este solo ingresó a prestar el servicio militar en el año 2005, y su incorporación como soldado voluntario se efectuó el 01 de agosto de 2007, cuando ya estaba rigiendo el mentado Decreto, por lo que no es beneficiario de la transición establecida en el inciso 2º del artículo 1º de esta normativa.

²⁰ Fols. 79 y 83 – 93 doc. 01 exp. Digital.

13001-33-33-008-2020-00125-01

Bajo ese entendido, se tiene que incorporación como soldado voluntario del apelante no fue en virtud de la Ley 131 de 1985, ni antes del 31 de diciembre de 2000, motivo por el cual no es dable sostener que este sufrió una disminución del salario básico pues nunca devengó la bonificación mensual equivalente a un smlmv, incrementado en un 60%, por lo que no tenía un derecho adquirido que fuera necesario conservar en virtud del principio de progresividad y protección de los derechos adquiridos; motivo por el cual la entidad accionada no está obligada a incrementar el porcentaje solicitado.

Frente a este tema, 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 unánime²¹ 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»²², 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»²³, 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 1994²⁴ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005²⁵, 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:

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 diferentes²⁶. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

²¹ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

²² T-587 de 2006.

²³ Ibidem.

²⁴ Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

²⁵ Por la cual se modifica el Decreto-ley [353](#) del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

²⁶ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

(...)

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”.

En ese sentido, no es posible, como lo pretende el accionante, someter el asunto a un juicio o test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por vez primera, pues, sus condiciones fácticas y normativas, frente al régimen salarial son disimiles.

Así las cosas, se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por el A-quo, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación salarial mensual del actor, por cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, por no encontrar vulnerando el derecho a la igualdad de los soldados profesionales, que, con anterioridad al 01 de enero de 2001, no se desempeñaban como soldados voluntarios bajo la Ley 131 de 1985.

5.6 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*”; así mismo, el Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 determina que “*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*”.

A su turno, el artículo 365 del CGP determina que, en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Ahora bien, el Consejo de Estado ha indicado que la condena en costas²⁷ no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del CGP, “*(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)*”.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B. Bogotá, D.C., 28 de abril de dos mil veintidós (2022). Radicado: 130012333000201500523 01

13001-33-33-008-2020-00125-01

Con base en las anterior, esta Sala se abstendrá de emitir la respectiva condena, como quiera que en primera instancia no se tuvo por demostrada la causación de las costas, y en segunda instancia tampoco se acreditó dicha circunstancia.

En mérito de lo expuesto, el 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 dictada el catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

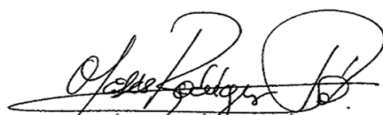
SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, por los motivos expresados en este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ²⁸

En comisión de servicios

²⁸ En comisión de servicios otorgada por el Consejo de Estado.