



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicado	73001333300620190025000
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	JUAN PABLO DÍAZ PRADA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Tema:	PRIMA DE ACTIVIDAD Y SUBSIDIO FAMILIAR SOLDADO PROFESIONAL

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, se procede a dictar sentencia anticipada en el presente proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió JUAN PABLO DÍAZ PRADA en contra de MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

1. PRETENSIONES

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo N° 20193110117061 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER 1.10 del 24 de enero de 2019, que negó el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar en un 25% del salario base de liquidación, y, del acto administrativo No.20193170255581 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER 1.10 del 13 de febrero de 2019 que negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad en la asignación mensual que devenga el actor.

1.2. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene reajustar los salarios y prestaciones sociales que percibe el actor con fundamento:

- Reconocimiento y pago del subsidio familiar a que tiene derecho el demandante a partir del 06 de abril de 2007, reajustando el 25% que viene percibiendo a un 62.5%, conforme lo establece en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.
- Reconocer y pagar la prima de actividad en el salario mensual que devenga el actor, en aplicación al derecho a la igualdad.

1.3 Que se ordene el pago retroactivo de los valores que resulten con ocasión del reajuste solicitado.

1.4 Que se ordene el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral con ocasión del reajuste solicitado.

1.5 Que se disponga la indexación sobre todos los valores adeudados al accionante.

1.6. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados al demandante.

1.7 Que se condene a la entidad demandada al pago de gastos y agencias en derecho.

2. HECHOS

2.1 Que el señor **JUAN PABLO DÍAZ PRADA** ingresó al Ejército Nacional, el 16 de agosto de 2001 a prestar servicio militar, y a partir del 1 de abril de 2003, su vinculación fue como alumno soldado profesional, y, a partir del 15 de mayo de 2003 como soldado profesional.

2.2 Que, el 06 de abril de 2010, declaró ante el Notario Único del Circulo de Chaparral – Tolima que convivía con la señora Francly Elena Valencia Useche desde el año 2007

2.3 Que el señor Juan Pablo Díaz Prada es padre de dos (2) hijos, Juan Pablo Díaz Valencia que nació el 5 de marzo de 2009 y Karen Luciana Díaz Valencia que nació el 22 de abril de 2017

2.4 Que la accionada le reconoció subsidio familiar en los términos del Decreto 1161 de 2014, empero, de acuerdo con los efectos de la sentencia proferida por el Consejo de Estado que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, el actor tiene derecho a que se le reconozca el subsidio en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

2.5 Que el 6 de noviembre de 2018, solicitó el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar, y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

2.6 Que el actor actualmente se encuentra en servicio activo en el Batallón de infantería No. 17 GR Domingo Caicedo con sede en Chaparral – Tolima

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En el escrito de contestación de la demanda (Fl. 46-58), manifiesta que se opone a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto considera que carecen de fundamento legal y respaldo probatorio.

Explicó que, el régimen jurídico de los infantes de marina y soldados profesionales es el contenido en el Decreto 1794 de 2000, y, no el Decreto 1211 de 1990 que regula el régimen salarial y prestacional de los oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares; por lo que, al estar contemplada la prima de actividad en el artículo 84, del Decreto 1211 de 1990, es claro que dada la condición de soldado profesional del actor no es acreedor a dicho reconocimiento.

En ese mismo sentido, trajo a colación apartes de una sentencia del Consejo de Estado sobre el reconocimiento de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales, y finalmente, indicó que en reiterados pronunciamientos se ha dicho que el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública es diferente al aplicable a la generalidad de las personas en razón de la naturaleza de los servicios prestados y la finalidad que para ella establece la constitución, en otras palabras sostuvo que el legislador en ejercicio de la facultad regulatoria expidió el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, sin que dicha disposición consagren el reconocimiento de la prima de actividad para dicho grupo.

Finalmente, refirió que no existe vulneración al principio de igualdad, toda vez, que los sujetos pasivos de la ley no están en igualdad de condiciones, pues las funciones asignadas a los soldados profesionales difieren de las establecidas para el personal de oficiales y suboficiales quienes tiene mayor grado de responsabilidad respecto a las funciones asignadas y las órdenes impartidas.

Planteó como excepciones: *“Excepción de presunción de legalidad del acto acusado; carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación demandada.”*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 PARTE DEMANDANTE (fls 98-102)

En sus alegaciones finales la apoderada judicial de la parte actora manifestó que, se encuentra plenamente acreditado que el señor Juan Pablo Díaz Prada se encuentra vinculado al Ejército Nacional desde hace más de 18 de años, en calidad de soldado profesional, y, que, el 6 de abril de 2010, ante la Notaria única del Círculo de Chaparral, Tolima declaró que convivía con la señora Francys Elena Valencia Useche desde el año 2007; además, es padre de Juan Pablo y Karen Luciana Díaz Valencia.

Considera que, es evidente la desigualdad que existe entre los regímenes salariales y prestacionales de la fuerza pública, en tanto, la prima de actividad solo está contemplada a favor de los oficiales, suboficiales y personal civil al servicio del ministerio de Defensa, lo que genera desigualdad entre quienes ostentan la condición de soldados profesionales.

Señaló que, dicha desigualdad resulta injustificada y vulnera el derecho fundamental a la igualdad, pues, a pesar de la labor que desarrollan los soldados profesionales, las largas jornadas de trabajo y la exposición al riesgo, perciben una asignación salarial inferior respecto a sus compañeros, de ese modo invoca la figura de excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, para solicitar se acceda al reconocimiento y pago de la prima de actividad.

En igual sentido, refirió que el subsidio familiar para los soldados profesionales se encontraba establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que señalaba requisitos y cuantía de dicha prestación, esto es, matrimonio o unión marital de hecho; régimen que estuvo vigente hasta el mes de septiembre de 2009, que entró en vigencia del Decreto 3770, en orden a lo anterior, indicó que se encuentra probado que actor inició vida marital en el año 2007, sin embargo, que por las condiciones en que presta el servicio estuvo en imposibilidad jurídica de solicitar su reconocimiento.

De ese modo, sostiene que los efectos de la sentencia proferida por el Consejo de Estado que declaró la nulidad del Decreto 3770, conllevan a que el reconocimiento del subsidio familiar se haga conforme lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y por tanto, se reconozca el subsidio familiar a partir del 6 de abril de 2007, sin que haya lugar a declarar prescripción, toda vez, que fue a partir de la ejecutoria del citado pronunciamiento que recobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

4.2 PARTE DEMANDADA

Guardó silencio

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en determinar si ¿debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados y como consecuencia si tiene derecho a que en su calidad de soldado profesional se reliquide, reconozca y pague el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, así como, que en aplicación al principio de igualdad se le reconozca y pague la prima de actividad en los términos dispuestos en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 y 38 del Decreto 1214 de 1990?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO

6.1 Tesis de la demandante

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda, en primer lugar porque se encuentra acreditado que existe un trato diferenciado, injustificado y desfavorable hacia los soldados profesionales que, a pesar de los riesgos y dificultades en que desarrollan su labor no perciben prima de actividad, en tanto, sí esta contemplada para los oficiales, suboficiales y personal ejecutivo de las Fuerzas Militares lo cual vulnera el derecho a la igualdad; y, en segundo lugar, porque al haberse acreditado que en el año 2007, constituyó unión marital de hecho, deben aplicarse los efectos de la sentencia proferida por el Consejo de Estado que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, y reconocer la prestación en la cuantía determinada en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

6.2. Tesis del demandado

El régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales no consagra como factor salarial y prestacional la prima de actividad por lo que no es viable su reconocimiento, circunstancia que no vulnera del principio a la igualdad dado que, el trato diferenciado se justifica en la calidad y los requisitos exigidos para cada cargo; en lo que atañe al subsidio familiar, señala que se liquidó conforme a la normatividad vigente, por lo que solicita se desestimen las pretensiones de la demanda.

6.3 Tesis del despacho

Las pretensiones de la demanda deberán despacharse negativamente, toda vez, que el régimen salarial y prestacional dispuesto en el Decreto 1794 de 2000, no consagra a favor de los soldados profesionales el reconocimiento y pago de la prima de actividad, hecho que no constituye violación del principio de igualdad pues se encuentra razonable la remuneración diferente de los soldados profesionales respecto a los demás integrantes de la fuerza en virtud de la diferenciación en los grados, rangos y funciones que desempeñan.

Adicionalmente, tampoco se demostró que el actor hubiera consolidado el derecho en vigencia del decreto 1794 de 2000, pues, si bien obra que el 06 de abril de 2010, declaró ante la Notaría Única del Círculo de Chaparral que convivía con la señora Francly Elena Valencia Useche desde hacía 3 años, también es que no acreditó que hubiera elevado solicitud de reconocimiento de subsidio familiar ante la accionada.

7. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES Y PROBADOS

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1.El señor Juan Pablo Díaz Prada, prestó servicio militar obligatorio entre el 16 de agosto de 2001 y el 15 de febrero de 2003, y se desempeña como soldado profesional desde el 15 de mayo de 2003; es orgánico del Batallón de Infantería No. 17, Gr.Domingo Caicedo con sede en Chaparral – Tolima	Documental. Constancias tiempo de servicios (fl 11) -Oficio No. 20183082231511:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 (Fl.13)
2. Que el señor Díaz Prada rindió declaración ante la Notaría Única del Círculo de Chaparral respecto a la existencia de unión marital de hecho con la señora Franci Elena Valencia, con un tiempo de 3 años	Documental. Declaración bajo Juramento para fines extraprocesales del 6 de abril de 2010 (fl 14).
3.Que Juan Pablo Díaz Prada y la señora Franci Elena Valencia Useche son padres de Juan Pablo y Karen Luciana Díaz Valencia cuya fecha de nacimiento data del 05 de marzo de 2009 y 22 de abril de 2017, en su orden	Documental: Registro Civil de nacimiento indicativo serial No. 43370779 y 152686818
4.Que el salario del actor en el año 2012 estaba constituido por los siguientes haberes: Salario básico, seguro de vida, bonoRDPUPF (25%) y PrSolVo (52) En la actualidad percibe: Salario básico, seguro de vida, adic.Devo_Part_Alím, Subsidio familiar (25%), bonoRDPUPF (25%) y PrSolVol (58.5%)	Documental: Nómina meses de agosto y septiembre de 2012 (Fl. 80-81) - Nómina mes de octubre de 2018 (Fl. 12)
5. Que el actor actuando a través de apoderada solicitó a la División de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, el reconocimiento y pago de la prima de actividad en aplicación del derecho a la igualdad, y, el reconocimiento y pago del subsidio familiar en los términos del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, a partir del año 2007, y el consecuente pago de diferencias y reajuste de las pretensiones sociales.	Documental. Petición radicada el 6 de noviembre de 2018 (fl 3-6)
6. Que mediante oficio No. 20193110117061:MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER 1.10 la accionada dio respuesta negativa a lo solicitado.	Documental. Oficio No. 20193110117061:MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER 1.10 (fl 7 y 82-83). -Oficio No. 20193170255581:MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER 1.10 (Fl.9-84)

8. RÉGIMEN SALARIAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

La Ley 131 de 1985, por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario, establece para quienes han prestado servicio militar obligatorio la posibilidad de continuar voluntariamente en la institución, cuando así lo manifiesten al comandante de la fuerza, por un tiempo que no será inferior a doce meses, quedando sujetos al

Código de Justicia Penal Militar, al régimen disciplinario y prestacional dispuesto para los soldados de las fuerzas militares.

En cuanto al reconocimiento económico por la labor desempeñada por los soldados voluntarios, la norma señaló:

“Artículo 4. El que preste servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”

Posteriormente, el decreto 1793 de 2000, por el cual se expide el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, dispuso:

“ARTÍCULO 5. SELECCIÓN. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

*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.” (Resaltado fuera de texto)*

A su turno, 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, sobre los salarios y prestaciones sociales de los mencionados miembros del Ejército Nacional, dispuso:

“ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).” (Negrilla fuera de texto)

ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales

y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

ARTICULO 3. PRIMA DE SERVICIO ANUAL. *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento 50% del salario básico devengado en el mes de Junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de Julio de cada año.*

PARÁGRAFO 1. *Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.*

PARÁGRAFO 2. *Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de noventa (90) días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.*

ARTÍCULO 4. PRIMA DE VACACIONES. *A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto. Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.*

ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.*

PARÁGRAFO. *Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.*

ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. *A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente”.*

8.1 SUBSIDIO FAMILIAR

El subsidio familiar ha sido definido como una especie del género de la seguridad social¹ en donde se tiene en cuenta la carga familiar, la niñez, personas de la tercera edad, beneficiando de esta manera los sectores más vulnerables de la población para atender de manera satisfactoria necesidades indispensables como la alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

La Corte Constitucional en diferentes oportunidades (C-149 de 1994, C-508 de 1997, C-559 de 2001, C-1173 de 2001, C-655 de 2003, C-041 de 2006, C-393 de 2007, C-1002 de 2007 y C-337 de 2011), ha analizado la naturaleza del subsidio familiar concluyendo:

“En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral.

Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”²

8.1.1. Del subsidio familiar para los soldados profesionales.

En relación con los soldados profesionales, el Decreto 1794 del 2000, estableció el subsidio familiar en los siguientes términos:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”(Resaltado fuera de texto)

¹ Sentencia C-149 de 1994

² Sentencia C-508 de 1997

Tal disposición fue derogada por el Decreto 3770 de 2009³ el cual, pese a eliminar el subsidio familiar, precisó que este se mantendría para los soldados que venían devengándolo hasta la fecha de su retiro, con la aclaración de que el valor consagrado en el Decreto 1794 de 2000, era el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% del salario básico mensual +100% de la prima de antigüedad mensual.

“ARTÍCULO 1º. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000,

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio,

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

Así pues, ante el vacío normativo, se expidió el Decreto 1161 de 2014, por medio del cual se creó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable para los miembros del Ejército Nacional en el cargo de soldados profesionales, norma que señala:

“ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

³ El cual por su parte, fue declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

PARÁGRAFO 1. *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.*

PARÁGRAFO 2. *Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente párrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.*

PARÁGRAFO 3. *Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto”.*

8.2 PRIMA DE ACTIVIDAD

La prima de actividad tiene su génesis con la expedición de la de la Ley 131 de 1961 "Por la cual se crea una prima a favor del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", que indicó:

“Artículo 1° El personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima de actividad igual al quince por ciento (15%) de su sueldo básico mensual. (...)”

Así, según el Consejo de Estado, la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo⁴.

Respecto de tal prerrogativa, bajo las pautas trazadas por el Congreso de la República, el Gobierno Nacional ha fijado a partir de varias normas lo concerniente a la prima de actividad, dentro de las que se encuentran con relevancia para el caso bajo estudio las siguientes:

- **Decreto 1211 de 1990. Artículo 84.** PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.
- **Decreto 1212 de 1990. Artículo 68.** PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

⁴ Sentencia del Consejo de Estado — Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 16 de Abril de 2009. Radicación No. 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07).

- **Decreto 1214 de 1990. Artículo 38. PRIMA DE ACTIVIDAD.** Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones.

Observado lo anterior, es importante señalar que el gobierno a través del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, expidió el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, y en su articulado señaló el monto del salario y expresamente definió los haberes que lo conformarían, sin incluir como partida la de la prima de actividad.

9. DE LA IGUALDAD EN MATERIA SALARIAL.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, principio que se encuentra estrechamente ligado con el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 ídem según el cual el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Ahora bien, en materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, premisa que indica que el derecho a la igualdad se predica entre iguales, no obstante, dicha premisa no es aplicable de manera estricta, pues en cada caso debe analizar la identidad de supuestos de hecho.

Tal hecho lo ha abordado la Corte Constitucional, al señalar:

“Independientemente de si la relación laboral se desarrolla en el sector público o privado, debe ser justa y digna por orden expresa de la Constitución, que en su artículo 25 dispone: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Del segundo de estos requisitos –justicia– se desprende el principio “a trabajo igual, salario igual”. Éste corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo. Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias. Así pues, quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta.

No obstante, lo anterior, no toda desigualdad salarial entre sujetos que ostentan las mismas características constituye una vulneración de la Constitución, pues un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio y, en esta medida, es reprochado cuando no obedece a causas objetivas y/o razonables. El trato desigual que está fundamentado en criterios

constitucionalmente válidos es conforme a la Carta y, por ende, está permitido.

Teniendo esto en cuenta, la Corte ha sostenido que para acreditar la vulneración del principio “a trabajo igual, salario igual”, primero debe estarse ante dos (2) o más sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente.

Seguidamente, el Tribunal ha indicado que se deben analizar las razones por las cuales existe la desigualdad, a efectos de determinar si ellas cuentan con un respaldo constitucional y si son lo suficientemente poderosas como para limitar el derecho fundamental a la igualdad.

Respecto a los criterios válidos que pueden justificar una diferenciación salarial, la jurisprudencia constitucional ha permitido, entre otros, los siguientes: (i) criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para acceder a dichos empleos.”⁵

El Consejo de Estado, en el mismo sentido ha expuesto:

“el principio de igualdad en materia salarial no impide que la ley establezca tratos diferentes, sino que exige que éstos tengan fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad. Los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial.”⁶

Así mismo, nuestro órgano de cierre, al advertir que la inclusión de los agentes de policía como beneficiarios del incremento de la prima de actividad en relación con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, no constituye *per se* un tratamiento discriminatorio y por ende no vulnera el derecho de igualdad, puesto que no se trata de individuos iguales ante la ley, dado que ostentan responsabilidades y funciones distintas entre sí. Dicha Corporación señaló:

“(…) así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones. Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad. Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al incrementar la prima de actividad debe seguir el mandato constitucional por el cual se señala que al mismo trabajo corresponde el mismo salario; e igualmente debe sujetarse a la racionalización y disponibilidad de los

⁵ Sentencia T-369 de 2016.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 25 de noviembre de 2004, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2003-0122-01 y número interno 0642-03.

*recursos públicos, y la naturaleza de los cargos y las funciones, como lo señala la Ley 4 de 1992."*⁷

10. CASO CONCRETO.

Estudiadas las premisas normativas del Régimen Salarial y Prestacional para el personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, se procede a realizar el análisis tendiente a determinar si en el presente asunto hay lugar a ordenar el reconocimiento de la prima de actividad al inaplicar por inconstitucional el Decreto 1794 de 2000 que no contempla dicho reconocimiento a favor de los soldados profesionales; y, si le asiste el derecho a que el subsidio familiar le sea liquidado en la forma y términos dispuestos en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, ello en razón a que, el derecho lo adquirió en vigencia de dicha norma, y, además, por haber sido declarado nulo el Decreto 3770 de 2009, recobró vigencia-.

10.1 Del reconocimiento del subsidio familiar

Habiendo estudiado el régimen del subsidio familiar, aterrizado al percibido por los soldados profesionales, corresponde continuar con el análisis del sub – lite, premisa en virtud de la cual asume relevante que se tiene acreditado que: i) el señor Juan Pablo Díaz Prada presta sus servicios en el Ejército Nacional, desempeñándose como soldado profesional desde el 15 de mayo de 2003, en la actualidad presta sus servicios como orgánico del Batallón de Infantería #17, José Domingo Caicedo con sede en Chaparral; ii) Que ante la Notaría Única del Círculo de Chaparral – Tolima, el actor declaró que había conformado unión marital de hecho con la señora Francly Elena Valencia Useche, declaración que data del 6 de abril de 2010; iii) Que el actor es padre de Juan Pablo Díaz Valencia que nació el 05 de marzo de 2009 y de Karen Luciana Díaz Valencia que nació el 22 de abril de 2017; iv) Que al demandante se le reconoció el subsidio familiar en los términos del Decreto 1161 de 2014, y percibe por dicho concepto 25%, que corresponden a: 20% por la unión marital de hecho conformada con Francly Elena Valencia Useche reconocido mediante orden administrativa No. 2242 del 30 de diciembre de 2014, con novedad fiscal 26 de agosto de 2014; el 3% por el menor Juan Pablo Díaz Valencia, y el 2% a la menor Karen Luciana Díaz Valencia reconocido mediante orden administrativa 2075 del 18 de agosto de 2017, con novedad fiscal 16 de junio de 2017.

En esa secuencia, encuentra relevante el Despacho que a pese a haber conformado una familia de hecho al parecer desde el año 2007, según lo indicado en la declaración rendida ante la Notaría Única de Chaparral – Tolima, el 6 de abril de 2010, no aparece registro o evidencia que dicha situación hubiere sido puesta en conocimiento de la accionada, tal como lo consagraba el inciso 2º del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; a más de lo anterior, tampoco se demostró que la accionada se hubiese negado a recibir la documentación.

⁷ Sección Segunda, Subsección "B", 27 de marzo de 2014. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-09), Actor: Carlos Arturo Zuluaga Guerrero.

Es importante señalar que, la carga de informar aspectos que corresponden a la esfera personal de un trabajador, como el cambio de su estado civil, compete únicamente a él, como acertadamente lo han estipulado los Decretos sobre la materia, y tal y como había señalado en su oportunidad el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000⁸.

En el mismo sentido, indica el Decreto 1161 de 2014:

“Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente párrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.”

Así pues, el reconocimiento del subsidio familiar no sólo está supeditado al cambio de estado civil de un soldado profesional, sino que impone para éste el deber de informarlo a la entidad, pues sólo a partir de ese momento tendrá efectos lo pretendido, premisa frente a la cual, encuentra concordante este Despacho que al demandante se le hubiera realizado el mismo, observando las previsiones del Decreto 1161 de 2014, pues para la fecha de la radicación de su solicitud, en virtud de la cual se consolidó su derecho a percibir el subsidio familiar, era tal norma la que se encontraba vigente.

Finalmente, respecto al argumento planteado por la apoderada de la parte actora respecto a que, la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, produce efectos ex tunc, por lo que es posible aplicar al caso particular del actor lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; precisa señalar que, el Consejo de Estado en providencia del 8 de septiembre de 2017, al resolver la solicitud de adición y aclaración a la sentencia del 8 de junio de 2017, claramente señaló⁹:

[...]

“De acuerdo con lo dicho, la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.”

⁸ “Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”

⁹ CE, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES, ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), Rad. No.: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10)

En tal sentido, si bien los efectos de la sentencia de nulidad son *ex tunc*, es decir, las cosas vuelven al estado en que se encontraban, también es que no es posible reconocer el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en primer lugar, porque el actor no cumplió con la carga de acreditar su estado civil ante la entidad durante el término en que la disposición tuvo vigencia y en segundo lugar, porque el Decreto 1164 de 2014 subrogó lo dispuesto en el artículo 11 del multicitado decreto.

10.2. Del reconocimiento y pago de la prima de actividad

El asunto bajo debate se suscita porque en tesis de la demanda el accionante tiene derecho en aplicación del principio de igualdad, dentro de su asignación salarial mensual le sea incluida la prima de actividad, así como se encuentra dentro de los factores que devengan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares e incluso los civiles al servicio del Ministerio de Defensa Nacional.

En orden de resolver el problema jurídico, deviene relevante que el señor **Juan Pablo Díaz Prada** ingresó a la fuerza militar desde el 16 de agosto de 2001 prestando inicialmente su servicio obligatorio, posteriormente desempeñándose como soldado voluntario y finalmente transferido a soldado profesional, cargo que actualmente mantiene, supuestos en virtud de los cuales le deviene aplicable el Decreto 1794 de 2000.

Así pues, para dicho personal tal norma incluyó como partidas salariales y prestacionales las siguientes: i) un salario mínimo incrementado en un 60%, ii) prima de antigüedad, iii) prima de servicio anual, iv) prima de vacaciones, v) prima de navidad y, vi) subsidio familiar, dejando excluidos otros factores como la prima de actividad que si incluyó para otros integrantes de la fuerza.

Hecho que en criterio de este Despacho no constituye violación del principio de igualdad, por cuanto la remuneración salarial o pensional que deba percibir el personal de la Fuerza Pública está sujeta al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidad y calidades que la ley les asigne, de tal manera que no es factible que todos los miembros de la Fuerza Pública reciban en el mismo porcentaje sus prestaciones sociales, cuando existen regímenes especiales que no pueden ser desconocidos, argumento que fue incluido en el artículo 2^o¹⁰ la Ley 4^a de 1992 al fijar los lineamientos que debía tener en cuenta el Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

¹⁰ “**ARTÍCULO 2o.** Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

(...)

j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

(...)”

En orden a ello, el hecho de que a los soldados profesionales, atendido su régimen salarial y prestacional no se les tenga en cuenta la prima de actividad como se reconoce a los oficiales, suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares encuentra justificación en la naturaleza misma de la fuerza, en virtud de la cual no todos los integrantes se encuentran en las mismas condiciones, ni desarrollan las mismas funciones, circunstancia que permite que en materia salarial se establezcan tratos diferentes que devienen objetivos y razonables, acordes con los fines perseguidos por la autoridad.

En esta secuencia, en el presente asunto no se evidencia vulneración a prerrogativas constitucionales que faculten al despacho desconocer una norma legal, en procura de respetar la Constitución, por lo que al no lograrse desvirtuar la legalidad del acto acusado habrán de negarse las pretensiones de la demanda.

11. RECAPITULACIÓN

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda, habida cuenta, que no se demostró que el actor hubiere reportado el cambio de estado civil al comandante de la fuerza en el término de vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, sino por el contrario, los elementos de prueba dan cuenta que, acredita el cumplimiento de los requisitos en vigencia del Decreto 1164 de 2014, que valga reiterar subrogó la disposición que consagraba el subsidio familiar para los soldados profesionales.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prima de actividad, habrá que indicar que no se accederá a dicha pretensión, habida cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el decreto 1794 de 2000, el señor Díaz Prada presta sus servicios al Ejército Nacional en condición de soldado profesional, por tanto el régimen salarial y prestacional que lo rige es el contemplado en el Decreto 1794 de 2000, que no consagra la prima de actividad como prestación a devengar por los soldados profesionales, es de señalar que, el despacho no comparte el argumento expuesto por la apoderada de la parte actora respecto al trajo desigual, e injustificado que reciben los soldados profesionales, en razón a que si se revisa con detenimiento cada régimen se evidencia que, no estamos frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas funciones.

12. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas **desfavorablemente**, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo del demandante, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

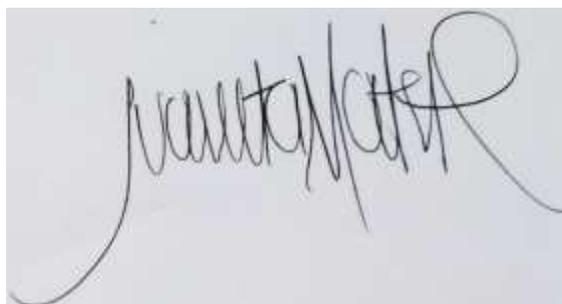
SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fija la suma equivalente al 4% de lo pedido, como agencias en derecho.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvase a la parte demandante.

QUINTO: Archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juanita del Pilar Matiz Cifuentes', is written over a light blue rectangular background.

JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES

Juez

Firmado Por:

**JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8ea8e6984f3c50c1da890547768cc1c7b9ce5ed9c9f66ede3d78e10daa121a4c

Documento generado en 14/12/2020 11:35:53 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**