

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.18

Bogotá D.C., 17 mayo de 2022.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicado: 110013335-017-2020-00248-00¹

Demandante: Jairo Vargas Vargas.

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Tema: Reajuste del 20% en el salario básico mensual, reconocimiento y pago de la prima de actividad a soldado profesional y reconocimiento y pago del Subsidio Familiar del Art. 11 del Decreto 1794 del 2000.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones principales: Que se declare la nulidad del acto administrativo: **20183112094121: MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 29 de octubre de 2018** (Fl. 19-20 PDF “02Demanda”), por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el Subsidio Familiar establecido en el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000, por la petición radicada bajo el No. **44ZYAK39VF**.

Pretensiones subsidiarias: (i) En caso de no prosperar, la nulidad, de acuerdo a lo señalado por la ley 1437 de 2011, se aplique la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 13, 25, 53, y 209 de la Constitución, de acuerdo al concepto de violación. (ii) Se aplique la excepción de convencionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 1, 2, 23 y 24. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo al concepto de violación. (iii) En caso de existir acto administrativo físico se declare su nulidad.

A título de restablecimiento del derecho:

.- Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor del demandante, de la diferencia salarial del 20% dejada de percibir, por el no pago, a título de Salario Básico Mensual, conforme Ley 131 de 1985 y el decreto 1794 de 2000.

.- Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor del demandante, de la prima de actividad, de acuerdo a las normas vigentes.

.- La prima de actividad sea pagada y liquidada de acuerdo a los porcentajes establecidos para oficiales y suboficiales según las normas vigentes.

.- Se condene a la demandada al reconocimiento y pago del Subsidio Familiar, establecido en el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000.

.- Se condene a la parte demandada a realizar la reliquidación de todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, así como los que no lo son, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%, para la parte actora.

¹ notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co; notificaciones@wyplawyers.com; yacksonabogado@outlook.com; luisa.hernandez@mindefensa.gov.co; jaramirez3572@gmail.com;

.- Se condene a la parte demandada a realizar dicho pago desde el año en que el accionante ingresó al Ejército Nacional, hasta el pago real y efectivo de la presente sentencia, con intereses y con I.P.C.

.- Se condene a la entidad demandada el pago de agencias en derecho, costas procesales y gastos.

.- Se condene a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo señalado en el artículo 192 de C.P.A.C.A y subsiguiente.

Hechos:

- 1.- El señor Jairo Vargas Vargas, ingresó al Ejército Nacional, como soldado profesional, a través de orden administrativa de personal 1224 el 150 de octubre de 2005. (PDF "33TiemposServicio").
- 2.- El día 17 de septiembre de 2018, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial equivalente al 20%, el Subsidio Familiar y la prima de actividad (Fl.18 del PDF "04Demanda").
- 3.- La entidad demandada despachó desfavorablemente los requerimientos mediante acto administrativo No. **20183112094121: MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 29 de octubre de 2018.**

Tesis del Demandante: Considera vulnerados el preámbulo y los Arts. 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93,94, 125, 217 de la Constitución. De la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Arts. 1, 2, 23 y 24; de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el Art. 7 de la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, el Art. 24, de la Declaración Universal De Derechos Humanos, el Art. 7, de la Ley 1437 de 2011, el Art. 134 y de carácter jurisprudencial el proceso radicado bajo No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Magistrado Ponente: César Palomino Cortés.

Tras efectuar un recuento jurisprudencial referente a los derechos laborales y prestacionales de los soldados en distintos ámbitos, afirma que el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo por haber sido expedido con infracción a las normas en que debería fundarse como quiera que la omisión al reconocimiento del 20% dejado de percibir en el salario básico mensual así como la prima de actividad, atenta contra el derecho a la igualdad de los soldados profesionales que no fueron soldados voluntarios "Soldados profesionales puros" con los que si fueron voluntarios conforme la Ley 131 de 1985 en atención a que sin justificación o criterio objetivo válido da un trato desigual y discriminatorio entre las dos categorías de soldado referenciadas pues en las mismas no existe diferencia en las funciones y actividades a desempeñar contraviniéndose además el principio de "a trabajo igual, salario igual" que gobierna las relaciones laborales.

Por otro lado, en cuanto al Subsidio Familiar, afirma que existe una desigualdad injustificada a nivel de los mismos soldados profesionales del ejercito quienes devengan montos inferiores por este concepto que otros militares de su mismo rango. Considera que el acto administrativo demandado fue expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, pues no dio aplicación a lo dispuesto en el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000 y 53 de la Constitución Política. Que considerando que el Decreto 3770 del 2009, fue declarado nulo con efectos *ex tunc*, nace a la vida jurídica el derecho de su prohijado de ser beneficiario de la prestación ahora reclamada.

Respecto a la prima de actividad afirma que el trato discriminatorio se genera desde la comparativa de los Oficiales y Suboficiales con los Soldados Profesionales, pues a pesar de no tener la misma jerarquía de mando, todos son miembros de las Fuerzas Militares, debiendo recibir un trato igual. Afirma que los Soldados Profesionales como el demandante, cumplen el presupuesto de hecho de la norma que establece la prima de actividad que es "estar en actividad" y como resultado tienen derecho a la consecuencia jurídica de la norma que dicta que "tendrá derecho a una prima de actividad".

Tesis de la Demandada: Considera que las pretensiones deben ser despachadas desfavorablemente como quiera que el accionante nunca ostentó la calidad de soldado voluntario, pues ingresó directamente a la fuerza como soldado profesional, por lo que le son aplicables las disposiciones establecidas en los Decretos 1793 y 1794 del 2000. Que al actor nunca se le ha vulnerado su derecho a la igualdad, pues al establecerse la categoría de soldado profesional, con sus distintos requisitos y funciones, desapareció de ordenamiento el denominado soldado voluntario. Finalmente considera que la prima de actividad, no

es un emolumento reconocido legalmente a los soldados profesionales por lo que la entidad accionada no se encuentra en la obligación de reconocerlo.

Respecto al Subsidio Familiar, afirmó que la norma aplicable es aquella vigente al momento de causarse el derecho por contraer matrimonio, por lo que no se le puede reconocer al actor un emolumento que para la fecha estaba derogado. Por lo anterior, afirma que es improcedente reconocer el subsidio familiar al soldado profesional a partir del 30 de septiembre de 2009 y hasta el 24 de junio de 2014.

Formuló la excepción de “Inepta demanda” por proposición jurídica incompleta.

Cuestión previa sobre la inepta demanda:

La apoderada judicial de la parte demandada, consideró que en el presente asunto se debe declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, por proposición jurídica incompleta como quiera que el actor no solicitó expresamente la nulidad de la Orden Administrativa de Personal, por medio de la cual le fue reconocida la partida de Subsidio Familiar conforme lo establecido en el Decreto 1161 de 2014, dirigiendo su petición, únicamente, contra el acto administrativo que despachó desfavorable la solicitud de reconocimiento. Trae a colación lo expuesto por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 20 de noviembre de 2019, con ponencia de la Doctora Amparo Oviedo Pinto, en la que se declaró probada dicha excepción apelando al principio de seguridad jurídica de la entidad y su derecho de contradicción en el acto administrativo de reconocimiento primigenio.

Consideraciones del Despacho respecto a la presunta Inepta Demanda:

Revisada la demanda se evidencia que la pretensión principal consiste en *“Que se declare la nulidad del acto administrativo: 20183112094121: MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 29 de octubre de 2018 (...) Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor de mi poderdante, JAIRO VARGAS VARGAS, identificado con cédula de Ciudadanía 83.238.022 de Yaguará, del subsidio de familia, con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000. (...)”*.

Respecto a la excepción formulada en razón a que no se demandó la orden administrativa de personal por medio de la cual le fue reconocida el subsidio familiar conforme con el decreto 1161 de 2014 esta será negada como quiera que solamente era necesario demandar el último acto por el cual se niega el reconocimiento del subsidio familiar conforme el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, por ser el definitivo conforme al artículo 43 del CPACA justiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a raíz al fallo de nulidad dictado el 8 de junio de 2017 contra el decreto 3770 de 2009 y los efectos extunc de dicha decisión que retorna la vigencia del decreto 1794 de 2000.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada por el H. Consejo de Estado, tratándose de prestaciones periódicas reconocidas como es el reconocimiento del subsidio familiar, cuando existe alguna reclamación posterior en sede administrativa, no es necesario demandar la nulidad de los actos relacionados con las peticiones anteriores, sino que es suficiente la impugnación de la última decisión con ocasión a la última reclamación, en virtud de la no caducidad de la acción sino de la prescripción de los derechos laborales

Alegatos de conclusión: Las partes alegaron de conclusión dentro del término procesal oportuno reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación.

Identificación de lo acto enjuiciado: Se pretende la nulidad del acto administrativo No. **20183112094121: MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 29 de octubre de 2018**, mediante el cual se despachó desfavorablemente la solicitud de reconocimiento y pago de la diferencia salarial equivalente al 20%, el Subsidio Familiar establecido en el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000 y la prima de actividad y la Orden Administrativa de Personal No. 1180 del 28 de febrero de 2015.

Problema Jurídico: Establecer si el demandante como soldado profesional tiene derecho a que se le reconozca la diferencia salarial del 20% conforme Ley 131 de 1985 a pesar de no ingresar como soldado voluntario por violación al principio de igualdad, el Subsidio Familiar establecido en el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000 y la prima de actividad reconocida a los oficiales en términos del Decreto 4433 de 2004.

Solución al Problema Jurídico: Se accederá parcialmente a las pretensiones por las siguientes razones:

a.- Respecto al reconocimiento del reajuste salarial del 20% en la asignación básica mensual del demandante, se probó que su vinculación como soldado profesional, se materializó el 01 de diciembre de 2002, es decir, en vigencia del Decreto 1793 del 2000, sin haber sido soldado voluntario, por lo que conforme lo ha indicado el H. Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, la asignación salarial mensual es de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y no se viola del derecho a la igualdad puesto que dichos soldados nunca ejercieron como soldados voluntarios luego no ingresaron bajo las mismas condiciones que ellos; de otra parte la simple manifestación por parte del libelista de la posible transgresión del derecho a la igualdad, no resulta suficiente para que el juez estudie si la norma comporta un trato discriminatorio, pues el esfuerzo argumentativo se torna exigente cuando lo que se quiere es concluir que una medida es irrazonable y desproporcionada.

b. Respecto de la prima de actividad solicitada, esta será negada considerando que el régimen salarial que gobierna al actor no contempla el reconocimiento y pago de tal prima, lo que no implica la violación al derecho de igualdad, puesto que los soldados no tienen el mismo nivel de jerárquico, ni desempeñan las mismas funciones que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

c. Finalmente, respecto al reconocimiento del Subsidio Familiar, se encuentra demostrado que el hecho generador del subsidio surge a partir del 10 de julio de 2009, fecha en la que se encontraba vigente el decreto 1794 de 2000 por los efectos *ex tunc* de la sentencia de nulidad del Consejo de Estado, sección segunda, subsección B del 8 de junio de 2017 razón por la que es procedente acceder a las pretensiones de la demanda en este sentido.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Del reajuste del 20% en el salario básico mensual del soldado profesional: Sea lo primero indicar que con la expedición de la Ley 131 de 1985 se reguló el servicio militar voluntario en Colombia, señalando en el artículo 4º que los soldados voluntarios devengarían una contraprestación por sus servicios, denominada bonificación mensual, la cual sería equivalente a un salario mínimo vigente incrementado en un 60%, así:

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

Posteriormente, con el ánimo de profesionalizar la carrera militar, el Gobierno Nacional en uso de las facultades otorgadas por la Ley 578 de 2000, profirió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en donde se dispuso que quienes se encontraran vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, podrían incorporarse como soldados profesionales a partir del 01 de enero de 2001 y una vez incorporados les sería aplicable íntegramente lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000.

Los artículos del Decreto 1793 de 2000 que atañen a la situación descrita son los siguientes:

“ARTÍCULO 3. INCORPORACION. La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional. (...)

ARTÍCULO 5. SELECCION. 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.

PARAGRAFO. 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. (...)

ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.” (Subraya fuera del texto original)

Sin embargo, el Decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, con el ánimo de respetar los derechos adquiridos de quienes se encontraban vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre del 2000, dispuso:

“ARTICULO 1º. ASIGNACION 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 párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%). (Se destaca).

A través de las Órdenes Administrativas de Personal Nos. 1241 del 20 de enero de 2001 y 1175 del 20 de octubre de 2003, el Ministerio de Defensa Nacional incorporó masivamente a los soldados voluntarios al régimen de carrera de los soldados profesionales, a partir del 1º de noviembre de 2003.

Sobre la interpretación de dicho artículo, el 25 de agosto de 2016, el H. Consejo de Estado en SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, con ponencia de la Dra. Sandra Lisette Ibarra Vélez², señaló que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, bajo el siguiente tenor literal:

“Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, 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, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ sentencia de veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: CE-SUJ2 5001333300220130006001 (3420-2015), Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL.

tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.” (Subrayado del Despacho).

Así las cosas, de los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos en precedencia es del caso concluir, que los soldados profesionales que se encontraban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que su asignación básica sea el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, y no en un 40% como corresponde a quienes no ostentaron la calidad de voluntarios, sino que fueron vinculados directamente a la fuerza como soldados profesionales.

Por otra parte se precisa que no se presentaba vulneración al derecho a la igualdad al coexistir regímenes salariales y prestacionales diferentes para los soldados voluntarios hoy profesionales y los soldados profesionales vinculados con posterioridad porque entre otras razones no se trata de sujetos que se encuentren en las mismas situaciones, toda vez que si bien son personas vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, la normativa regula situaciones de hecho claramente diferentes; las normas parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial sin que ello constituya de manera alguna una discriminación, porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil.

Del reconocimiento y pago de la Prima de Actividad para los Soldados Profesionales: El artículo 13 de la Constitución Política, regula la igualdad frente a la ley, que todas las personas deben tener de recibir el mismo trato y protección de las autoridades, sin ser discriminadas por sexo, raza, religión, opinión política o filosófica.

Según la Corte Constitucional, con fundamento en la no discriminación, la ley no puede fijar condiciones distintas a algunos sectores de la población sin una justificación objetiva y razonable o que no tenga una relación de proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que esta persigue³.

El ordenamiento constitucional solamente admite tratos diferenciados, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) si la medida apunta a un fin constitucionalmente válido, b) si el trato es necesario o indispensable y c) si realizado el test de proporcionalidad en estricto sentido, se encuentra que no se sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial⁴.

De igual forma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado que *“para que se configure un cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, no basta con que el actor manifieste que las disposiciones acusadas establecen un trato diferenciado para ciertas personas y que ello es contrario al artículo 13 de la Constitución, sino que debe expresar, además, las razones por las cuales considera que tal diferencia de trato resulta discriminatoria”*⁵.

En este sentido, la simple manifestación por parte del libelista de la posible transgresión del derecho a la igualdad, no resulta suficiente para que el juez constitucional estudie si la norma comporta un trato discriminatorio, pues el esfuerzo argumentativo se torna más exigente cuando lo que se quiere es concluir que una medida es irrazonable y desproporcionada.

Quien alega el desconocimiento de la cláusula de igualdad inserta en el texto constitucional, debe estructurar una argumentación que induzca al juzgador a evidenciar la existencia de un trato diferente a dos o más grupos de personas, que no encuentra justificación alguna en el ordenamiento jurídico.

Del reconocimiento y pago del Subsidio Familiar del Art. 11 del Decreto 1794 del 2000 a Soldado Profesional en servicio activo: 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”* en su artículo 11, reconoció a los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares casados o con unión marital de hecho vigente, el derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar, en los siguientes términos:

*“Artículo 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.”

Por su parte, el Decreto 3770 de 30 de septiembre 2009 derogó la citada disposición, haciendo la salvedad que aquellas personas que ya se les hubiese reconocido el subsidio, lo seguirían devengando hasta la fecha de su retiro, con la aclaración de que el valor del subsidio familiar 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.

Contra dicho decreto, se presentó demanda de nulidad en los términos establecidos en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el cual fue declarado nulo, con efectos ex tunc el 8 de junio de 2017 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶ así:

“...La Sala encuentra además que la medida contenida en el decreto 3770 de 2009 encarna en sí misma un acto discriminatorio. Discriminación que se presenta en dos posibles hipótesis normativas: (i) respecto de los soldados profesionales que dentro del término de vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 hubieren adquirido el derecho subjetivo al subsidio familiar

³ Sentencia C-339 de 1996 M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez

⁴ Sentencia C- 577 de 2005, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto.

⁵ Sentencia C-1031 de 2002.

⁶ Exp. 11001-03-25-000-2010-00065-00 de FUNDACIÓN COLOMBIANA SENTIMIENTO PATRIO DE LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES “SEDESOL” contra GOBIERNO NACIONAL. M.P. César Palomino Cortés.

por haber contraído matrimonio o constituir unión marital de hecho, frente a los soldados profesionales que teniendo el reconocimiento al derecho objetivo no hubieren alcanzado el expreso reconocimiento al derecho subjetivo, existiendo la probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, dentro del lapso en el que el artículo 11 ibídem se mantuvo vigente, por encontrarse incursos en una expectativa legítima; y (ii) en relación con los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a la prestación del subsidio familiar, frente a los soldados profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo, como respecto de los suboficiales y oficiales a quienes se les reconoce dicho derecho objetivo.

(...)

En conclusión, la medida incorporada al ordenamiento jurídico mediante el Decreto 3770 de 2009, que suprime el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados profesionales al revocar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se constituye en regresiva y por tanto carente de legalidad, al no solamente contravenir los principios y normas en los que debería fundarse, sino también porque no es compatible con el contenido esencial de los derechos a la protección y seguridad social, al trabajo, y a la seguridad jurídica, toda vez que su objeto no se encuentra dirigido a promover el bienestar general de los soldados profesionales como integrantes de la fuerza pública en una sociedad democrática.

Además del análisis efectuado fundado en el juicio de razonabilidad de la medida regresiva cuestionada, esta Subsección considera que con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogiéndose a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, in dubio pro justitia socialis, e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.”(...)

Como corolario de lo argumentado, la Sala estima que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009 resultan ser contrarias a los fines esencial del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulneran los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social; de raigambre constitucional e introducidos por los tratados y pactos internacionales suscritos por Colombia, así como las previsiones establecidas en la Ley 4 de 1992.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLARAR, con efectos ex tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, “por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional.”

Posteriormente, con ocasión de las solicitudes de adición y aclaración formuladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, frente a la citada sentencia de 8 de junio de 2017, se profirió la providencia de 8 de septiembre de 2017, en la cual se precisó:

“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.”

De esta forma, con los efectos *ex tunc* de la sentencia se concluye que el artículo 11 del decreto 1194 de 2000 retoma nuevamente su vigencia.

Por otro lado, se expidió el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014, en virtud del cual se creó un subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales, el cual en su artículo 1 dispone:

“Créase, a partir del 1° 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.*

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 parágrafo, 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.”

Adicionalmente, el artículo 5 del decreto incluyó el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que devengue por dicho concepto en los siguientes términos:

Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014, el artículo 1 previó lo siguiente:

*ARTICULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el **subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor**; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*

Estas normas llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004¹, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

.- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es, Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

.- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida

Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

De esta forma, los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud del Decreto 1794 de 2000 y, 3770 de 2009 y en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

Caso concreto:

Sobre el reajuste del 20% en el salario básico mensual: ¿El demandante tiene derecho a que la Entidad demandada le reliquide su asignación mensual y sus prestaciones sociales devengadas en actividad, tomando como partida computable un salario mínimo incrementado en un 60%, en los términos del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, o por el contrario, el acto administrativo acusado que negó esta pretensión se encuentra ajustado a derecho?

Conforme los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos en precedencia es del caso concluir, que los soldados profesionales que se encontraban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que su asignación básica sea el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, y no en un 40%, contrario a eso, quienes se incorporaron directamente como soldados profesionales, tendrán derecho a una asignación mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en un 40%, conforme lo dispone el primer inciso del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Teniendo en cuenta que el señor Jairo Vargas Vargas, tal y como se indicó en los hechos de la demanda, ingresó al Ejército Nacional a partir del 01 de diciembre de 2002, en calidad de soldado profesional, lo cual es corroborado con la Orden Administrativa 1208 (PDF"42TiemposServicio") y con los mismos hechos relatados por la parte actora en el libelo demandatorio, deberá indicar esta instancia judicial, que la pretensión orientada a reajustar su asignación básica en un 20% representado por la diferencia entre el monto reconocido (salario mínimo incrementado en 40%) y el monto regulado por el art. 1º inciso 2º del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en el 60%), será despachada

desfavorablemente, habida consideración que el actor nunca ostentó la calidad de soldado voluntario y en consecuencia, no le resulta aplicable la prerrogativa que el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000 otorgó a esta clase de soldados que posteriormente fueron incorporados como profesionales, por lo que se torna improcedente reliquidar su asignación básica, así como las demás prestaciones sociales, máxime si se tiene en cuenta que, tal y como se indicó en la sentencia de unificación aludida⁷, dicha normatividad está encaminada a proteger los derechos adquiridos de los soldados voluntarios regulados por la Ley 131 de 1985, que posteriormente pasaron a ser soldados profesionales, que como ya se indicó; ahora bien la simple manifestación por parte del libelista de la posible transgresión del derecho a la igualdad para que el juez constitucional estudie si la norma comporta un trato discriminatorio, pues el esfuerzo argumentativo se torna más exigente cuando lo que se quiere es concluir que una medida es irrazonable y desproporcionada.

Sobre el reconocimiento de la prima de actividad: La parte actora no esgrime mayores argumentos que permitan evidenciar la vulneración del derecho a la igualdad aducida, pues tan solo se sostiene que es inexplicable que todos los militares e incluso para todos los civiles al servicio del Ministerio de Defensa Nacional se establezca el derecho a devengar una prima de actividad, mientras que para los soldados profesionales se desconozca este derecho, sin tomar en consideración que son precisamente los Soldados Profesionales, quienes devengan menores salarios, cumplen horarios extenuantes ya que deben trabajar en las noches, los sábados, domingos y festivos sin descanso y en general quienes deben asumir directamente todas las dificultades en la guerra, soldados quienes en actividad exponen su vida en procura de la protección de la vida y de los derechos de los demás.

Existen unas condiciones particulares entre los Soldados, los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, Agentes de la Policía Nacional y el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, pues cada uno de estos grupos de servidores tienen condiciones especiales en lo que tiene que ver con los rangos de autoridad, requisitos para su ingreso, atribuciones frente a las operaciones militares de distinto orden, que implica que tengan unas remuneraciones salariales y prestacionales diferentes.

En consecuencia, no puede pretenderse unificar los regímenes prestacionales en relación con las partidas que se devengan en actividad, toda vez que, es legítimo que el legislador haya establecido estas diferencias bajo la consideración que en este caso estamos ante sujetos distintos.

Aunado a lo anterior, debido a las particularidades de los diferentes regímenes prestacionales de los miembros de la Fuerza Pública, tiene fundamento en el principio de libertad de configuración del legislador en materia salarial, bajo el cual, el Gobierno Nacional, tiene facultad expresa y específica para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, conforme a la ley marco que para el efecto debe expedir el Congreso de la República. Igualmente, en lo preceptuado en el último inciso del artículo 217 de la Carta, en el que se señala que *“La Ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”* y el artículo 218, que al referirse al cuerpo de policía, señala en su último inciso que *“La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”*.

Referente al tema el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 07 de febrero de 2019⁸, respecto a su reconocimiento para los Soldados Profesionales del Ejército Nacional:

“Como corolario de lo antes expuesto, palmario es concluir que los Soldados Profesionales tienen su propio régimen salarial y prestacional, distinto al de los demás miembros de la Fuerza Pública, y en el cual no se encuentra contemplada la reclamada prima de actividad. Luego, dable es afirmar que los Soldados Profesionales no tienen derecho a devengar otras prestaciones sociales diferentes a las señaladas en el citado Decreto 1794 de 2004, pues de permitirse tal situación no sólo se violaría el principio de inescindibilidad de la ley sino que también se conculcaría el principio de libertad de configuración legislativa.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ sentencia de veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: CE-SUJ2 5001333300220130006001 (3420-2015), Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL.

⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “D” - Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019) - MAGISTRADO PONENTE: Dr. CERVELOÓN PADILLA LINARES - PROCESO No.: 11001-33-35-028-2017-00207-01.

En este orden de ideas, la prima de actividad (consagrada en el artículo 842 del Decreto 1211 de 1990, modificado por el artículo 303 del Decreto 737 de 2009) prevista para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, no puede ser reconocida a los Soldados Profesionales de esa misma institución. Lo anterior, a juicio de la Sala, no constituye vulneración alguna del derecho a la igualdad, puesto que dichos soldados no tienen el mismo nivel de jerárquico, ni desempeñan las mismas funciones que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. (...)

(...) 2. Descendiendo al caso de auto, se tiene que Néstor Alonso Tibatá Guerrero, actualmente, funge como Soldado Profesional del Ejército Nacional, hecho que se presume en virtud del inciso primero del artículo 97 del CGP, pues así lo afirmó el actor en su libelo demandatorio y la parte accionada no lo desvirtuó. Por consiguiente, como quiera que la reclamada prima de actividad no fue prevista para los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se concluye que las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar, razón por la que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.”

De esta forma, el principio de igualdad 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.

Conforme lo anterior se tiene que el legislador ha establecido diferentes prestaciones teniendo en cuenta la jerarquía, los cargos que ostentan diferentes funciones y responsabilidades, los requisitos de ingreso, el tiempo de experiencia y de servicio.

En materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, en ese orden, se resalta que el derecho a la igualdad se predica entre iguales *contrario sensu* ante diferentes supuestos de hecho no es posible otorgar el mismo trato.

En relación a los Soldados profesionales y a los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa, se predica una distinción que tiene sustento en los diferentes rangos que operan dentro de la jerarquía organizacional de la Fuerza Pública, además también obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos, así como a la naturaleza y funciones de cada cargo tal como lo dispone la Ley 4° de 1992, circunstancias que permiten que en materia salarial se establezcan tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, es decir, que 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.

Por lo expuesto, se reitera que al estar probado que el actor prestaba sus servicios como Soldado Profesional, y el régimen salarial y prestacional que lo gobierna es el contemplado en el Decreto 1794 de 2000, norma que no previó dentro de las prestaciones sociales devengadas, la Prima de Actividad, por lo que la pretensión será negada.

Sobre el reconocimiento del Subsidio Familiar en los términos del artículo 11 del decreto 1794 de 2000: Desde noviembre del año 2015, al demandante le fue reconocido dicho emolumento, pero bajo los presupuestos establecidos en el Decreto 1161 del 2014 régimen que además incorpora el subsidio como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro o pensión por invalidez en un 70% los términos del artículo 5 Decreto 1162 de 2014, que dice:

*“Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, **el setenta por ciento (70%) del valor** que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”*

No obstante, se encuentra demostrado que el hecho generador del subsidio surge a partir del 10 de julio de 2009, (FI.07 PDF “40OAP1180”) fecha en la que se encontraba vigente el Decreto 1794 de 2000 por los efectos *ex tunc* de la sentencia de nulidad del Consejo de Estado, sección segunda, subsección B del 8 de junio de 2017 que revivió el artículo 11 del decreto 1794 siendo procedente acceder al reconocimiento prestacional solicitado hasta la fecha de su retiro.

Prescripción Teniendo en cuenta que, en el caso concreto, fue sólo con la sentencia de nulidad dictada el 8 de junio de 2017 con efectos *ex tunc*, que retornó a la vida jurídica el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 a partir de la expedición de dicha sentencia se generó para el actor la posibilidad de reclamar el subsidio familiar con base en esta disposición.

En este orden, como la petición administrativa que interrumpió la prescripción se presentó el 17 de septiembre de 2018 (Fl. 18 PDF “02Demanda”) y la demanda fue radicada el 06 de agosto de 2020 (PDF01ActaReparto), es claro que no transcurrió el término de 3 años indicado en el decreto 4433 de 2004, ya que ninguna morosidad se le puede endilgar al accionante, porque antes del pronunciamiento del Consejo de Estado, no había forma de que se le reconociera el derecho consignado en una norma que se entendía derogada. En consecuencia, se tendrá por no probada la excepción de prescripción.

Diferencias a pagar: Del subsidio reconocido se deben deducir las sumas ya pagadas, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3° del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales

Finalmente, y atendiendo a lo dispuesto por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 28 de enero de 2022, con ponencia de la Doctora Patricia Victoria Manjarrés Bravo, se ordenará a la **Nación – MinDefensa – Ejército Nacional**, conforme lo establece el Art. 15⁹ del Decreto 1794 del 2000, realizar las actuaciones administrativas pertinentes para el reajuste de prestaciones sociales del accionante.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos 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 también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado*

⁹ **Artículo 15. Procedimiento oficioso.** El reconocimiento de las prestaciones sociales a que tiene derecho el soldado profesional de las Fuerzas Militares o sus beneficiarios, será tramitado oficiosamente por el Ministerio de Defensa Nacional, quien podrá delegar esta función. Cuando las oficinas de personal no puedan producir de oficio las pruebas pertinentes, corresponderá allegarlas al interesado, y si no existiere la prueba principal será reemplazada por la prueba supletoria que admita la ley.

o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. (...)”.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹⁰, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”. (Resaltado del Despacho).

Ahora bien, el Consejo de Estado¹¹ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costas (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”>>¹²”

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la nulidad parcial del acto administrativo No. **20183112094121: MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 29 de octubre de 2018**, y de la Orden Administrativa de Personal No. 1180 del 28 de febrero de 2015, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del derecho, reconocer a favor del demandante el Subsidio Familiar, desde el 10 de julio de 2009 hasta la fecha de su retiro como soldado profesional, de conformidad con el artículo 11 del decreto 1794 del año 2000 y la

¹⁰ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

¹² Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

sentencia proferida por el H. Consejo de estado que declara la nulidad con efectos *ex tunc* del decreto 3770 de 2009.

La entidad demandada, debe realizar las actuaciones administrativas pertinentes para el reajuste de prestaciones sociales

Prescripción: no se decreta la prescripción por las razones expuestas en la parte motiva.

Diferencias a pagar: Del subsidio reconocido se deben deducir las sumas ya pagadas, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3° del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

TERCERO.- Ordenar a la Nación – MinDefensa – Ejército Nacional, conforme lo establece el Art. 15 del Decreto 1794 del 2000, realizar las actuaciones administrativas pertinentes para el reajuste de prestaciones sociales del accionante, entre ellas, la asignación de retiro.

CUARTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Negar la condena en costas.

SEXTO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

JARA

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **0b8e20fc768c438e532c6cc1f99cbfe21db37b02962a7d810a79f2707403c8f8**
Documento generado en 17/05/2022 04:35:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>