REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.35

Bogotá D.C.,7 de mayo de abril de 2021.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado: 110013335-017-**2018-00166**-00[1]
Demandante: Félix Antonio Pérez Villamizar.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Tema: Reconocimiento y pago del subsidio familiar y la prima de actividad de soldado profesional retirado.

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

1.- Declarar la nulidad del Oficio No. 20173172135761 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 29 de noviembre de 2017 por medio del cual se negó el reajuste del subsidio familiar reconocido en un 23% y, el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

2.- A título de restablecimiento del derecho, solicita:

a.- El reajuste el subsidio familiar desde el 17 de junio de 2018 en un 62.5% con fundamento en el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000.
b.- el reconocimiento y pago de la prima de actividad en la asignación mensual por derecho a la igualdad establecido en el Art. 13 de la Constitución Política.
c.- el reconocimiento y pago del retroactivo salarial que genere los valores reconocidos, el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral a que tenga derecho, indexación sobre los valores reconocidos, intereses de mora a partir de la ejecutoria del fallo y condena en costas a cargo de la entidad demandada y pago de los honorarios pactados con el abogado de la parte demandante.

Hechos.-

1.- El señor Pérez Villamizar ingresó al Ejército Nacional del 15 de diciembre de 1995
2.- A partir de julio de 1998 se vinculó como soldado profesional
3.- A partir del 1 de noviembre de 2003 se hizo oficial su vinculación como soldado profesional
4.- Entre señor Pérez y la señora Zulay Buendia Riviera conciben la niña Cielo Antonio Pérez Buendía que nace el 17 de junio de 2008 , posteriormente, el 13 de junio de 2009 contraen matrimonio
5.- El 4 de marzo de 2015 entre el señor Pérez y la señora Ferreira Buendía Maryuri Paola conciben el niño Mateo Pérez Ferreira
6.- El demandante hace efectiva su baja el 31 de octubre de 2017
7.- El 25 de octubre de 2017 solicita el reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad

[1] clgomezl@hotmail.com notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co andreilla19872101@gmail.com

Tesis del Demandante:

Los decretos 1793 y 1794 de 2000 por los cuales se establece el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales, no establece el derecho a devengar la prima de actividad situación que constituye violación al derecho a la igualdad, si se tiene en cuenta que el articulo 84 del decreto 1211 de 1990 establece el derecho para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en un 33% y en un 20% para los civiles al servicio del ministerio de defensa según del decreto 1214 de 1990. Pone de presente que es inexplicable que los soldados profesionales no devenguen la prima de actividad si devengan menores ingresos, cumplen horarios extenuantes y en general son quienes deben asumir directamente todas las dificultades de la guerra.

Por otro lado, respecto al reconocimiento y reajuste del subsidio familiar, considera que en el mismo sentido al accionante se le está vulnerando su derecho a la igualdad pues a sus compañeros se les venia reconociendo dicha prestación en los términos del Art. 11 del Decreto 1794 del 2000, hasta la expedición del Decreto 3770 del 2009, que dejó de reconocerse. Refiere que a partir del 2014, se les reconoció el subsidio familiar en aplicación a lo dispuesto en los Decretos 1161 y 1162 de 2014, pero en cuantía inferior a la reconocida previamente. Que se expidió el Decreto 1162 del 2014, siendo este abiertamente inconstitucional debido a que mantiene la vulneración al derecho a la igualdad de los Soldados profesionales y además reconoce en un porcentaje inferior el emolumento pretendido.

Por lo expuesto considera que su representado tiene derecho al reconocimiento y pago del Subsidio familiar y la Prima de actividad, en la forma y términos pretendidos.

Tesis de la Demandada : Se opone a la prosperidad de las pretensiones en atención a que al accionante le fue reconocido el Subsidio Familiar, pero bajo las prerrogativas normativas establecidas en el Decreto 1161 de 2014.

En el caso concreto se desconoce la fecha en la que se radica la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar no siendo procedente reconocer el subsidio familiar desde la fecha en la que se declaró la unión marital de hecho, sino desde la fecha en que el demandante reporta el cambio de estado civil, resaltando que las situaciones jurídicas consolidadas son aquellas que se encuentran definidas en cuanto a sus características jurídicas y sus efectos al momento de entrar en vigencia una disposición normativa, esto es, situaciones que se encuentren en firme por entenderse surtidas y por tanto no lo son aquellas que no se han agotado y que son de estricto las posibles de regulación por la nueva legislación La situación jurídica del demandante se consolidó bajo la normativa establecida en el Decreto 1161 del 2014, por tanto, se encuentra en firme y no es susceptible de tramitarse bajo otra regulación normativa.

Referente a la inclusión de la prima de actividad del 49-5% señala que no es posible acceder a ella ya que en virtud del decreto 1794 de 2000, la mencionada prima no es reconocida al personal de soldados profesionales situación que ya fue estudiada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B en sentencia del 27 de marzo de 2014, en donde se precisó que las funciones, responsabilidades y calidades entre los diferentes miembros de la fuerza pública son diferentes y por tanto no pueden tener la misma remuneración y prestaciones. Que en estos casos la administración no se encunetra frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuesto necesario para que se predique la violación del derecho a la igualdad.

Alegatos:

Parte demandante: Dentro del término legal otorgado, la apoderada judicial de la parte accionante alegó de conclusión referenciando lo expuesto por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 08 de junio de 2017, mediante la cual se declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 con efectos ex-tunc. Refiere que el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000, que estableció el derecho al reconocimiento del subsidio pero con la expedición del Decreto 3770 del 2009, se eliminó tal prestación, sin embargo, este último fue declarado nulo como se indicó previamente, retornando a la vida jurídica el emolumento salarial denominado Subsidio Familiar.

Afirma que el accionante contrajo matrimonio civil el día 13 de junio de 2009, con la señora Zulay Buendía Rivera, momento en el que en virtud al Decreto 3770 del 2009, no se encontraba vigente el Subsidio

Familiar, sin embargo, debido a la sentencia referenciada, se deben extender y aplicar los efectos para que se ordene a la entidad reconocer la prestación sin ser afectado por la prescripción extintiva, pues fue solo con la decisión de nulidad del Decreto 3770 de 2009, que el actor tuvo certeza del derecho que le asistía hasta el 8 de junio de 2017 cuando el consejo de estado dicta la sentencia de nulidad.

Respecto a la prima de actividad, refirió mediante Decreto 1793 del 2000, se creó el régimen de carrera y estatuto de personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, y mediante el Decreto 1794 del mismo año, se estableció su régimen salarial y prestacional, sin embargo, de la revisión exhaustiva de los mismos no se evidencia el derecho a devengar la prima de actividad, situación que se constituye como una clara violación al derecho a la igualdad para con los Soldados Profesionales, pues en el Art. 84 del Decreto 1211 de 1990 si se estableció dicho emolumento para los Oficiales y Suboficiales e incluso Civiles al servicio del Ministerio de Defensa, siendo esto un acto discriminatorio contra los primeros.

Al respecto considera procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad para el caso concreto y en su lugar ordenar el reconocimiento y pago de los emolumentos pretendidos.

Parte demandada: La apoderada judicial de la entidad accionada alegó de conclusión dentro del término procesal oportuno reiterando los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

Identificación del acto enjuiciado: Se pretende la nulidad del siguiente acto administrativo:

Oficio No. 20173172135761 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 29 de noviembre de 2017 por medio del cual se negó el reconocimiento, reajuste y pago del subsidio familiar y de la prima de actividad.

Problema Jurídico: Determinar si el Soldado Profesional, tiene derecho a que le sea reconocido el Subsidio Familiar en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir de la fecha en que contrajo matrimonio. Así mismo, si existe vulneración al derecho a la igualdad, al no reconocerse al demandante la prima de actividad que devengan otros miembros de la Fuerza Pública

Solución al Problema Jurídico: Las pretensiones serán concedidas parcialmente por las siguientes razones

a.- respecto al reconocimiento del Subsidio Familiar, se encuentra demostrado que el hecho generador del subsidio surge a partir del 13 de junio de 2009 fecha en la que se encontraba vigente el decreto 1794 de 2000 por los efectos extunc de la sentencia de nulidad del Consejo de Estado, sección segunda, subsección B del 8 de junio de 2017 es procedente acceder a las pretensiones de la demanda en este sentido.

b. De otra parte 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 dichos soldados no tienen el mismo nivel de jerárquico, ni desempeñan las mismas funciones que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Por otro lado,

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Del reconocimiento y pago del Subsidio Familiar 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 formula: 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 Estado[2] 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 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.

[2] 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.

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 extunc de la sentencia se concluye que el articulo 11 del decreto 1194 de 2000 retomo 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 articulo 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 Decretes 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 2099 y en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

Análisis del caso concreto sobre el reconocimiento del subsidio de familia en los términos del articulo 11 del decreto 1794 de 2000.

Desde julio del año 2014, 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 13 de junio de 2009 fecha en la que se encontraba vigente el decreto 1794 de 2000 por los efectos extunc 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 y el reajuste de su asignación de retiro o pensión de invalidez en términos del art. 1 decreto 1162 de 2014 que prevé:

> *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.*

Reconocimiento y pago de la prima de actividad, por presunta violación del derecho a la igualdad frente a los Soldados Profesionales

El artículo 13 de la Constitución Policía 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 persigue. [3]

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 diferencial[4].

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].

---

[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.

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.

Caso concreto sobre el reconocimiento de la prima de actividad

La parte actora no esgrime mayores argumentos que permitan ver 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, debe 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 2019[6], 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 re□gimen salarial y prestacional, distinto al de los dema□s miembros de la Fuerza Pu□blica, 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 sen□aladas en el citado Decreto 1794 de 2004, pues de permitirse tal situacio□n no so□lo se violari□a el principio de inescindibilidad de la ley sino que tambie□n se conculcari□a el principio de libertad de configuracio□n legislativa.*
>
> *En este orden de ideas, la prima de actividad (consagrada en el arti□culo 842 del Decreto 1211 de 1990, modificado por el arti□culo 303 del Decreto 737 de 2009) prevista para los Oficiales y*

[6] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIO□N SEGUNDA SUBSECCO□N "D" - Bogota□, D. C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019) - MAGISTRADO PONENTE: Dr. CERVELEO□N PADILLA LINARES - PROCESO No.: 11001-33-35-028-2017-00207-01.

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 respondabilidades, los requisitos de ingreso, el tiempo de experiencia y de servicio.

En materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneracion, 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.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Considerando que es procedente acceder al reconocimiento prestacional solicitado desde la fecha de constitución del matrimonio 13 de junio de 2009 fecha en la que se encontraba vigente el decreto 1794 de 2000 por los efectos extunc 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 hasta la fecha de su retiro y el reajuste de su asignación de retiro o pensión de invalidez en términos del art. 1 decreto 1162 de 2014

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 25 de octubre de 2017 y la demanda fue radicada el 14 de septiembre de 2018, 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 pensional, 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 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º 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

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 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 proceso 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 Proceso[7], 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.*". (Subrayas para resaltar)

[7] 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.

Ahora bien, el Consejo de Estado[8] 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 costa (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>>[9]"*

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 del acto demandado, OFICIO 20173172135761 del 29 de noviembre de 2017 mediante el cual se despacha desfavorablemente la petición de reconocimiento del subsidio familiar establecido en el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del derecho, reconocer a favor del demandante el subsidio de familia desde el 13 de junio 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 sentencia proferida por el H. Consejo de estado que declara la nulidad con efectos ex tunc del decreto 3770 de 2009 y, el reajuste de la asignación de retiro o pensión de invalidez dado que el subsidio familiar es incluido como partida computable en un 30% en términos del decreto 1162 de 2014.

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.

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 pensional, 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

[8] 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.
[9] 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.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º 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.- Negar las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuesta en la parte motiva.

CUARTO.- No condenar en costas, por no aparecer probadas, conforme a lo expuesto en precedencia.

QUINTO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍCAR el contenido de esta providencia** a la entidad remitiendo con copia íntegra de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011) y expida copia de la sentencia en términos del artículo 114 del C.G.P si así lo solicita la parte demandante

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JARA

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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: **987d8da5587b7235e46f0d615d0650cab0d069b8836258aeef5be568b34956df**
Documento generado en 07/05/2021 05:54:14 PM

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