Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veinticinco (25) de agosto del dos mil veinte (2020)

Radicado	**73001-33-33-010-2019-00223-00**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**DUVAN EMILIO DURANGO RESTREPO**
Demandado:	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO**
Tema:	**Reajuste subsidio familiar – inclusión prima actividad**
Sentencia:	**00054**

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia inicial adelantada el pasado **5 de marzo del 2020,** donde se manifestó **que se negarían las pretensiones** de la demanda, el Despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión conforme a lo señalado en el numeral 2° del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **2019 3110113541** MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del **23 de enero del 2019** expedido por oficial sección ejecución presupuestal DIPER del Ejército nacional mediante el cual se negó el reajuste del subsidio familiar del 23% al 62.5% al accionante.

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **2019 3170198541 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10** del **5 de febrero del 2019** expedido por el Oficial sección nómina del ejército nacional mediante el cual se negó el pago de la prima actividad al accionante.

1.3 Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada el reajuste de salarios y prestaciones sociales que actualmente devenga el accionante:

1.4 Se ordene el reconocimiento y pago del subsidio familiar con fundamento en lo establecido en el artículo 11 decreto 1794 del 2000 desde el 17 de agosto del 2010.

1.5 Ordenar el reajuste del subsidio familiar del 23% reconocido al 62.5% desde el 17 de agosto del 2010.

1.6 Ordenar a la accionada el reconocimiento y pago de la prima de actividad en aplicación al derecho a la igualdad.

1.7 El reconocimiento y pago del retroactivo salarial que se genere.

1.8 Ordenar el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral a que tenga derecho el demandante.

1.9 Que se disponga la indexación de los valores adeudados.

1.10 Que se condene en costas a la entidad demandada

1.11 Que se reconozcan honorarios de abogado al demandante.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1. Que el soldado profesional señor **Duvan Emilio Durango Restrepo** prestó servicio militar obligatorio desde el 29 de septiembre de 1999 hasta el 31 de marzo del 2001, luego ingreso como alumno de la categoría de soldado profesional del 20 de abril del 2001 hasta el 15 de mayo del 2001 y soldado profesional desde el 15 de mayo del 2001

2.2 Que contrajo matrimonio con la señora **Patricia González Trujillo** el 17 de agosto del 2010 y son padres de una hija de nombre **Juliana Durango González** nacida el **9 de enero del 2009.**

2.3 Que solicitó el reconocimiento del subsidio familiar y la accionada lo reconoció y ordenó pagar en un porcentaje equivalente al 23% del sueldo mensual del accionante, acorde con lo establecido en el decreto 1161 del 2014

2.4 Que el accionante mediante derecho de petición solicitó a la entidad accionada el reajuste del subsidio familiar del 23% al 62.5% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad establecida en el decreto 1794 del 2000

2.5 Que el oficial sección ejecución presupuestal DIPER del Ejército Nacional mediante oficio No **2019 3110113541** del **23 de enero del 2019** negó la solicitud informando que la sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad del decreto 3770 del 2009 con efectos ex tunc revivió las disposiciones normativas del articulo 11 Decreto 1794 de 2000 respecto de las situaciones jurídicas consolidadas, no siendo el caso del accionante

2.6 Así mismo, el oficial sección nómina del Ejército Nacional mediante oficio No **2019 3170198541** del **5 de febrero del 2019** negó la solicitud de reconocimiento, pago e inclusión del 49.5% de la prima de actividad al accionante en razón a que al tenor del Decreto 1794 de 2000 la mencionada prima no es reconocida al personal de soldados profesionales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Dentro de la oportunidad legal la entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, por carecer de fundamento legal y respaldo probatorio y el acto administrativo fue expedido conforme a derecho, porque la prima de actividad no es reconocida a los soldados profesionales en el decreto 1794 del 2000.

Expuso que el subsidio familiar fue establecido para los soldados profesionales en el año 2014 mediante el decreto 1161 que señaló como partidas el 20% del sueldo mensual del

soldado para la cónyuge o compañera permanente y el 3% del sueldo mensual para el primer hijo, gozando el acto administrativo de presunción de legalidad.

Que la normatividad creada en materia de regímenes salariales y prestacionales para el personal uniformado de las fuerzas militares tiene dos divisiones respecto del sujeto de aplicación de la misma; unas normas que se aplican a los oficiales y suboficiales y otras normas que se aplican a los soldados profesionales e infantes de marina y la prima de actividad fue creada para los oficiales y suboficiales exceptuando a los soldados profesionales de su beneficio.

En lo relativo a la violación al principio de igualdad sostiene no es posible su aplicación por cuanto los soldados profesionales realizan funciones específicas diferentes a las establecidas para los oficiales y suboficiales requieren de especialidades acreditadas con experiencia e idoneidad y tienen un grado superior de responsabilidad frente a las funciones asignadas, por lo tanto, el accionante no tiene derecho a devengar la prima de actividad y solicitó al despacho denegar las suplicas de la demanda.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

En desarrollo de la audiencia inicial el apoderado de la parte demandante como alegatos finales se ratificó en los fundamentos de hecho y de derecho que se tuvieron en cuenta al momento de presentar el libelo demandatorio y ha quedado acreditado en el proceso la condición de soldado regular del accionante y de su desempeño como soldado profesional y también el nacimiento de su hija acreditado con el registro civil aportado

Por lo demostrado el demandante es acreedor del reajuste del subsidio familiar en aplicación en los términos del Decreto 1794 del 2000 al haber recobrado su vigencia a partir del pronunciamiento del Consejo de Estado que declaró la nulidad del decreto 3770.

Respecto a la prima de actividad es menester se aplique el artículo 13 de constitución nacional sobre la igualdad de las personas ante la ley y se aplique la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo y se declare que el actor tiene el derecho a recibir la prima de actividad.

4.2 Parte demandada

A su vez y en desarrollo de la misma diligencia la apoderada de la entidad demandada expuso sobre los argumentos esbozados por la parte demandante respecto el subsidio familiar no se opone porque de acuerdo con la sentencia señalada por la parte accionante al parecer se encuentra dentro del término comprendido del 2009 al 2014 dentro de la vigencia del decreto 1161 del 2014 con base en el cual se le otorgó el reconocimiento del subsidio familiar y según la sentencia del Consejo de Estado con efectos ex tunc.

Añade que el actor ostenta la calidad de soldado profesional y es muy claro que el decreto 1794 del 2000 establece que solamente los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares tienen derecho a una prima mensual de actividad y respecto al principio de

igualdad la corte Constitucional ha señalado que es posible en materia laboral existan diferentes relaciones laborales entre empleados sin que se presente violación al principio de igualdad respecto de las acreencias laborales que puedan devengarse dentro de la fuerzas militares y solicita se niegue la prima de actividad al actor y en cuanto al subsidio familiar se le de aplicación a lo referido en la sentencia del Consejo de Estado.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.1. TESIS DE LAS PARTES

5.1.1 Tesis de la parte accionante

Se debe acceder a las pretensiones de la demanda porque se vulnera el artículo 13 constitucional si se tienen en cuenta que para los demás miembros de las fuerzas militares y de Policía inclusive al personal civil del Ministerio de defensa se les reconoce la prima de actividad excepto a los soldados profesionales a quienes no se les paga este beneficio, estando obligados a soportar todas las afujías, penurias y vejámenes de la guerra, violándose los preceptos constitucionales a la igualdad, a una remuneración mínima, vital y móvil y el respeto a los derechos adquiridos.

Agrega que con la declaración de nulidad del decreto 3770 proferida por el Consejo de Estado el 8 de junio del 2017 y en aplicación del efecto ex tunc de las providencias judiciales, la norma anterior recobró toda su vigencia en favor de lo establecido para los soldados respecto del subsidio Familiar en el decreto 1794 del 2000 y debe reajustarse el subsidio familiar al accionante en el porcentaje establecido por esta norma.

5.1.2 Tesis de la parte accionada

Se debe negar las pretensiones porque el decreto 1794 del 2000 establece que solamente los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de Policía tienen derecho a una prima mensual de actividad y respecto al principio de igualdad la Corte Constitucional ha señalado que es posible en materia laboral existir diferentes relaciones laborales entre empleados, sin que exista violación al principio de igualdad respecto de las acreencias laborales que puedan devengarse dentro de la fuerzas militares y solicita se niegue la prima de actividad al actor.

Respecto del subsidio familiar fue establecido para los soldados profesionales en el año 2014 mediante el decreto 1161 que señaló como porcentajes el 20% del sueldo mensual del soldado para la cónyuge o compañera permanente y el 3% del sueldo mensual para el primer hijo y el acto administrativo fue expedido con fundamento en las normas legales gozando de presunción de legalidad la cual no ha sido desvirtuada por la parte actora.

5.2 De las excepciones

La **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** propuso las siguientes excepciones: 1. Presunción de legalidad del acto acusado. 2. *Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demanda.*

6. Problema Jurídico planteado

Se trata de determinar si, ¿debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados y como consecuencia ordenar: **Primero:** la inclusión de la prima de actividad en el sueldo mensual al accionante, y, **Segundo:** el pago del subsidio familiar en los términos del artículo 11 del decreto 1794 del 2000 o si por el contrario declarar que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho?

6.1 Tesis del Despacho.

Se negarán las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que norma de carácter especial - decreto 1794 del 2000 - mediante la cual se estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales no contempló el reconocimiento de la prima de actividad en la asignación mensual de los mismos, ni que la prestación se haya establecido en cualquier otra norma para los soldados profesionales y el artículo 11 del decreto 1794 del 2000 que recobró su vigencia a causa del efecto ex tunc de la sentencia de Consejo de Estado que declaró la nulidad del decreto 3770 del 2009, solamente es aplicable para las situaciones definidas hasta antes de la vigencia del anulado decreto y a continuación se aplicara lo establecido en el Decreto 1161 del 2014 para los soldados profesionales.

6.2. Marco legal y jurisprudencial

6.2.1. De los soldados profesionales

Acorde con lo expuesto en el **decreto 1793 del 2000 artículo 1**, los soldados profesionales son:

> *"los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.*
> ***PARÁGRAFO.** Podrá ser ascendido a Dragoneante profesional, el soldado profesional que se distinga por su capacidad de liderazgo y cumpla con los siguientes requisitos:*
> *a- Antigüedad mínima de cinco años.*
> *b- Excelente conducta y disciplina.*
> *c- Aprobación del curso para ascenso a dragoneante.*

6.2.2. Salario mensual soldados profesionales

El Presidente de la República expidió el **decreto 1794 del 2000** mediante el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales:

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

6.2.3 Del subsidio familiar soldados profesionales

El subsidio familiar ha sido definido como una especie del género de la seguridad social[1] en donde se tiene en cuenta la carga familiar, la niñez, personas de la tercera edad, beneficiando de esta manera los sectores más vulnerables de la población para atender de manera satisfactoria necesidades indispensables como la alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

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

> *"En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.*
> ***Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral.***
>
> *Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social"* [2]

Mediante la expedición del **decreto 1794 del 2000 artículo 11** se reconoció el subsidio familiar para los soldados profesionales, señalando:

> ***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*

La prestación les fue reconocida en los términos y porcentajes anteriormente señalados hasta el 30 de septiembre del 2009 fecha de publicación y entrada en vigencia del decreto 3770 del 2009 proferido por el gobierno nacional mediante el cual se revocó explícitamente el artículo 11 del decreto 1794 del 2000.

> ***"Artículo 1°.*** *Derogase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.*
>
> ***Parágrafo 1°.*** *Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.*
>
> ***Parágrafo 2°.*** *Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.*

---

[1] *Sentencia C-149 de 1994*
[2] *Sentencia C-508 de 1997*

Artículo 2°. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000."*

El Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio del 2017[3] declaró la nulidad del Decreto 3770 del 2009 por considerarlo regresivo y contrario a los fines esenciales del Estado social de derecho, señalando:

"Finalmente, no es posible considerar que una medida regresiva de tal entidad pueda ser proporcional entre el objetivo que perseguía y el medio final empleado, debido a que la previsión no es de aquellas que limita o restringe un derecho y por tanto permita tener un punto de comparación para la aplicación del test de proporcionalidad, toda vez que como se dijo la decisión gubernamental implicó el cercenamiento total del derecho mencionado. Incluso, tal despropósito, carácter desproporcionado de la medida, y afectación al principio de confianza legítima, fue reconocido posteriormente por el Gobierno Nacional al intentar enmendar el exabrupto constitucional con la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual "se crea" el subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales [41].
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.
Por consiguiente, estos cargos estarán llamados a prosperar y se declarará la nulidad del Decreto 3770 de 2009.
III. DECISIÓN
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,
F A L L A
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.*

Ahora bien, el 24 de junio del 2014 el gobierno nacional creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales expidiendo el **decreto 1161 del 2014**, estableciendo el ámbito de aplicación y los porcentajes aplicables, de la siguiente manera[4]

"Artículo 1°. *Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1° de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina*

---

[3] Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección B M. P. César Palomino Cortés, ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Interno: 0686-2010. Actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio De Los Soldados E Infantes De Marina Profesionales "Sedesol" Demandado: Gobierno Nacional

[4] DECRETO 1161 DE 2014 junio 24 por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones.

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 1° 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."*

6.3 Del derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional, respecto del derecho de la igualdad ha señalado que la misma cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por cuanto el mismo es un valor, un principio y un derecho fundamental[5].

Señala dicha Corporación en la misma sentencia que este carácter lo da por ejemplo el preámbulo constitucional, en donde se establece, entre los valores que pretende asegurar la Constitución, el de la igualdad, a su vez, el artículo 13 *ibídem* se ha considerado como la fuente de dicho principio fundamental y finalmente se encuentra como tal el derecho fundamental de igualdad.

Señaló la mencionada Corporación en la sentencia C-818 de 2010, respecto de la igualdad normativa:

> *"En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes*

[5] *Sentencia C-818 de 2010.*

teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación[6]. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación.

Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre."

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice el señor soldado profesional **Duvan Emilio Durango Restrepo** tiene derecho al reajuste de la asignación mensual con base en la prima de actividad y del subsidio familiar

7.1 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor soldado profesional **Duvan Emilio Durango Restrepo** presta sus servicios al Ejército Nacional desde el 29 de septiembre de 1999	**Documental:** historia laboral expedida por el oficial sección atención al usuario Ejército y en la actualidad es orgánico del batallón Domingo Caicedo (fl. 18 - 19).
2. Que es padre de la menor Juliana Durango González nacida el 8 de enero del 2009	**Documental:** Copia registro civil de nacimiento serial No 43160432 (fl 24)
3. Que contrajo matrimonio con la señora Patricia González Trujillo el 17 de agosto del 2010	**Documental:** Copia registro civil de matrimonio serial No 05313359 (fl 23)
4. Que el actor percibe subsidio familiar en un porcentaje del 23% del sueldo mensual en activo como soldado profesional	**Documental:** Certificación expedida por la dirección de personal Ejército (fl 20).
5. Que radicó derecho de petición solicitando a la dirección de personal del Ejército Nacional el reconocimiento de la prima de antigüedad y el reajuste del subsidio familiar.	**Documental:** Copia oficio No 20183193692572 (fl 9 - 10)
6. oficial sección ejecución presupuestal DIPER del ejército negó la solicitud de reajuste del subsidio familiar	**Documental:** Copia oficio No 2019 3110113541 del 23 de enero del 2019 (fl 14)
7. El oficial sección ejecución nómina del ejército negó la solicitud de reconocimiento de la prima de actividad.	**Documental:** copia oficio No 2019 3170198541 del 5 de febrero del 2019 (fl 16)

7.2 De los soldados profesionales

Al respecto se tiene que con la expedición de la **ley 131 de 1985**[7] se creó y reglamentó el servicio militar voluntario para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifestaran el deseo de continuar en el ejército, estableciendo una planta de personal, tiempo de servicio voluntario y régimen salarial y prestacional, señalando para ello, los siguientes:

---

[6] Cfr. MARKUS GONZÁLEZ BEILFUSS. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 21 y s.s.

[7] LEY 131 DE 1985 (diciembre 31) Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario

i) una bonificación equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 60% del mismo sueldo mensual.
ii) a percibir una bonificación de navidad por cada año completo de servicio equivalente al sueldo recibido en el mes de noviembre, y,
iii) al ser dado de baja, percibir una bonificación, por una sola vez, equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado.

Posteriormente con la expedición del **decreto 1793 del 2000** se creó la categoría de los soldados profesionales y señaló que los soldados voluntarios incorporados mediante la ley 131 de 1985 que manifestaran el deseo de incorporarse a la nueva modalidad conservarían la antigüedad y les respetarían los beneficios adquiridos.

El gobierno nacional con la expedición del **decreto 1794 del 2000** señaló el régimen salarial y prestacional para la categoría de soldado profesional, estableciendo:

Artículo 1. *Asignación salarial mensual.* Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).
Artículo 3. *Prima de servicio anual.* (...)
Artículo 4. *Prima de vacaciones (...)*
Artículo 5. *Prima de navidad (...)*
Artículo 6. *Pasajes por traslado. (...)*
Artículo 7. *Pasajes por comisión (...)*
Artículo 8. *Vacaciones. (...)*
Artículo 9. *Cesantías. (...)*
Artículo 10. *Vivienda militar (...)*
Artículo 11. *Subsidio familiar. (...)*

7.3.1. De la prima de actividad

Es pertinente tener en cuenta que la prima de actividad fue creada el **18 de enero de 1984 mediante el decreto 089**[8] que en su artículo 80 señaló:

Artículo 80. *Prima de Actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.*

El régimen de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares fue modificado y reformado por el decreto 1211 de 1990, sin embargo, las disposiciones sobre la prima de actividad quedaron intactas.

De la lectura de la anterior normatividad es evidente que el legislador no incluyo el reconocimiento de la prima de actividad para los soldados profesionales, a pesar de que su existencia reconocida y pagadas desde 1984 al personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, de la Policía Nacional y el personal civil del Ministerio de defensa, concluyéndose la carencia de voluntad del legislador para conceder ese beneficio a los soldados profesionales.

7.3.2 Del Subsidio Familiar.

[8] DECRETO 89 DE 1984 (enero 18) Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares

Haciendo un recuento histórico se tiene que la planta de personal de los soldados profesionales fue creada como un régimen especial, así como el régimen salarial y prestacional en el cual se incluyó el subsidio familiar para el personal uniformado en activo.

En el presente litigio el accionante pretende se le reajuste el subsidio familiar devengado como soldado profesional en activo, aplicándose los porcentajes establecidos en el artículo 11 Decreto 1794 del 2000 a causa de haber recobrado su vigencia en aplicación del efecto ex tunc de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, que declaró la nulidad del decreto 3770 del 2009, que a su vez había revocado explícitamente el artículo 11 en comento.

El presidente de la República mediante Decreto 1161 del 2014 creo el subsidio familiar para los soldados profesionales que no lo devengaran de acuerdo con los decretos 1794 y 3770 a partir del 1 de julio del 2014, señalando específicamente beneficiarios y los porcentajes aplicables para todos y cada uno - cónyuge o compañera permanente 20%, y los hijos 3% para el primero, 2% para el segundo 1% para el tercero sin exceder el 6% - y disponiendo así mismo, se tenga en cuenta el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del soldado profesional, a partir de la vigencia del decreto génesis de la prestación, es decir desde el 1 de julio del 2014 hacia el futuro.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado en la sentencia de unificación[9] señaló:

> *176. Ahora bien, en desarrollo de las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales,* ***a partir del 1 de julio de 2014.***

De la prueba documental aportada a la presente actuación, se advierte que en efecto el señor soldado profesional **Duvan Emilio Durango Restrepo** presta sus servicios al Ejército Nacional y le fue reconocido el subsidio familiar en un porcentaje del 23% discriminados así: 20% para la cónyuge señora Patricia González y 3% para su hija Juliana Durango González acorde a lo dispuesto en los ordinales A y C artículo 1 del decreto 1161 del 2014.

El apoderado judicial de la parte accionante en el presente litigio solicitó se de aplicación al principio de igualdad – articulo 13 superior - el cual considera vulnerado ante la negativa del reconocimiento de la prima de actividad al accionante

Con el objeto de tomar una decisión respecto de las peticiones en el litigio, es necesario traer a colación lo señalado por el Honorable Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 2019[10]

---

[9] Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: William Hernández Gómez 25/04/19 Ref. Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) demandante: Julio César Benavides Borja demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares temas: sentencia de unificación, asignación de retiro soldados profesionales.

[10] Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: William Hernández Gómez 25/04/19 Ref. Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) demandante: Julio César Benavides Borja demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares temas: sentencia de unificación, asignación de retiro soldados profesionales

"191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime[11] que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»[12], por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»[13], por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

193. En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994[14] y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005[15], y a las que se hizo referencia in extenso en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada."

En consecuencia de lo anteriormente señalado por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa y por la Honorable Corte Constitucional es claro para el despacho que existe diferencias sustanciales entre oficiales, suboficiales y soldados de responsabilidad y ejecución de las funciones asignadas a cada rango dentro del estamento militar y en ese orden de ideas no es de recibo para el despacho la petición del apoderado para que se declare el derecho a la igualdad de las funciones desarrolladas por oficiales y las desarrolladas por los soldados profesionales, que ameritarían el reconocimiento de la prima de actividad.

Respecto al reajuste del subsidio familiar al accionante del 23% reconocido al amparo del decreto 1161 del 2014, sería menester acudir una vez más a la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, que indicó:

"199.ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.

200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se

[11] T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.
[12] T-587 de 2006.
[13] Ibídem.
[14] Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.
[15] Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad[16] a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

202 Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

Es evidente que el Ministerio de defensa reconoció el subsidio familiar al accionante aplicando taxativamente los términos que para ello estableció el **decreto 1161 del 2014**, vigente al momento en que el señor soldado profesional **Duvan Emilio Durango Restrepo** SOLICITÓ el reconocimiento y pago del subsidio familiar al que tiene derecho en calidad de casado y padre de familia, como efectivamente lo menciona en el hecho 6 del escrito de la demanda y con efectos fiscales a partir de la fecha de expedición del acto administrativo de reconocimiento de la prestación.

Es menester tener en cuenta que el mencionado decreto entró en vigencia el 24 de junio del 2014 aplicable a los soldados profesionales que adquieran ese derecho hacia el futuro y mal podría este despacho judicial ordenar reconocer un derecho con efecto retroactivo que el legislador no le concedió, máxime cuando según lo manifestado por el actor por intermedio de su apoderado sólo hasta el año 2014, fue cuando se solicitó el reconocimiento del citado subsidio, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

8. RECAPITULACIÓN

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda pues no hay lugar al reajuste solicitado por el señor **Duvan Emilio Durango Restrepo**, como quiera que el Ministerio de Defensa reconoció el subsidio familiar en los términos de la normatividad vigente - Decreto 1161 del 2014 – y respecto de inclusión de la prima de actividad en la asignación mensual del soldado profesional, no es posible para este operador judicial reconocer un derecho que el legislador no le concedió.

9. COSTAS

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

---

[16] R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.». Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.

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

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, sería menester para este operador judicial fijar las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada.

Según los lineamientos señalados por el honorable Consejo de Estado, la condena en costas procesales, fue consagrada por el legislador como una sanción para la parte vencida, por lo tanto, no puede acudirse al criterio objetivo para imponerla, habida consideración a que la imposición de una sanción implica un juicio de valor, en este caso respecto de la conducta asumida por la parte vencida en el transcurso del proceso, de manera que si el juzgador advierte una actitud temeraria, una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o incluso el ánimo dilatorio de la parte vencida, puede hacer uso de su poder sancionatorio e imponer las costas a la parte, que considera, ha incurrido en una conducta reprochable, que no se enmarca en el ejercicio adecuado del derecho a acceder a la administración de justicia.

Aunado a lo anterior en el numeral 8 del citado artículo 365 CGP se establece que habrá condena en costas, cuando aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, por lo cual, ante la ausencia de dicha comprobación, este despacho se abstendrá de condena en costas

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia

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

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso y si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: En firme este fallo, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez