

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020).

Expediente : **11001-3342-046-2019-00187-00**
Demandante : **LAUREANO DE JESUS GALEANO CIRO**
Demandado : **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJERCITO NACIONAL**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Laureano de Jesús Galeano Ciro, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.1-6).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad del oficio No. 20183112506611 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 21 de diciembre de 2018 por medio del cual se negó el reajuste del subsidio familiar.

Se declare la nulidad del oficio No. 20193170030291 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 10 de enero de 2019 por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...*reajuste del subsidio familiar reconocido al demandante en un 25% cuando debió ser reconocido en un 62.5%, con fundamento en lo normado en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.*

Reconocimiento y pago de la prima de actividad en la asignación mensual que actualmente devenga el demandante, en aplicación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional.

Que se disponga el reconocimiento y pago del retroactivo salarial que se genere con fundamento en los reajustes reclamados.

Que se disponga el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral a que tenga derecho el demandante con base en los reajustes reclamados.

Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.

Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.

Que se condene en costas a la entidad demandada."

1.3 Hechos.

Relata el demandante que fue incorporado al Ejército Nacional, inicialmente como soldado regular el 16 de enero de 1998. A partir del 15 de mayo de 2001, se vinculó como soldado profesional.

Mediante petición de fecha 11 de diciembre de 2018, el demandante solicitó de la entidad el reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad. Petición que fue denegada por la entidad.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 13, 25, 29, 53 y 58; Ley 4 de 1992, Decretos 1211 y 1214 de 1990, 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

La apoderada de la parte demandante considera que la entidad está vulnerando el derecho a la igualdad de su poderdante y de los demás soldados profesionales vinculados a la entidad, porque les está dejando de reconocer los derechos de

rango constitucional y legal, conlleva a que devenguen una asignación salarial mensual inferior a la que realmente corresponde.

Afirma que las decisiones que ha venido proferido el Consejo de Estado, resultan favorables a los soldados profesionales teniendo en cuenta que, el subsidio familiar se toma como partida computable, en un porcentaje del 70% del valor reconocido y devengado en actividad, hecho que les beneficia y mejora su condición y la de sus familias.

Indica que, teniendo en cuenta que el decreto 1162 de 2014, recobró su vigencia a partir de la sentencia de 8 de junio de 2017, proferida por el Consejo de Estado, *“resulta claro que se debe pagar el subsidio familiar en los términos establecidos en el decreto 1794 de 2000”*.

Señala que el artículo 13 de la Constitución Política, fue vulnerado por la entidad, al considerar que no tuvo en cuenta que para todos los miembros de las fuerzas militares, de policía y del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se tiene en cuenta la prima de actividad, al momento de efectuar la liquidación de su asignación salarial, salvo para los soldados profesionales *“quienes están obligados a soportar todas las afujías, penurias y vejámenes de la guerra”*, por tanto, son discriminados por parte de la entidad, al dejar de reconocerles derechos de rango constitucional y legal.

1.5 Contestación de la demanda.

La entidad demandada, guardó silencio.

Audiencia inicial

El 5 de marzo de 2020, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión:

La parte demandante Reiteró los argumentos de hecho y de derecho esbozados en el escrito de demanda.

La entidad demandada Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

Consiste en determinar si a la parte demandante le asiste el derecho a que se le reajuste el subsidio familiar en los porcentajes señalados en las pretensiones de la demanda y a que se le reconozca y pague la prima de actividad.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Mediante petición de fecha 11 de diciembre de 2018 el demandante solicitó de la entidad demandada, el reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad (fs.11-12). Solicitud que fue denegada mediante Oficios Nos. 20183112506611 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 21 de diciembre de 2018 (fl.14) y 20193170030291 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 10 de enero de 2019 (fl.16).
- ✓ El demandante se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular desde el 16 de enero de 1998 hasta el 15 de julio de 1999. Posteriormente se vinculó como alumno soldado profesional desde el 1 de abril al 15 de mayo de 2001 y a partir del 15 de mayo de 2001 se incorporó como soldado profesional (fl.18).
- ✓ Registro civil de matrimonio de los señores Laureano de Jesús Galeano Ciro y la Betzabeth Leonor Cifuentes Sanabria (fl.20).

2.3 Marco jurídico y jurisprudencial

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1. Del subsidio Familiar para Soldados Profesionales

A través del Decreto 1794 de 2000, se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales. En efecto, el artículo 11 del referido decreto contempla el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales casados o con unión conyugal vigente, en proporción equivalente al 4% del salario básico más la prima de antigüedad. Dicha norma impuso el deber al soldado profesional de informar al comando de la fuerza el cambio de estado civil.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3770 de 2009, a través del cual suprimió el Subsidio Familiar reconocido a los soldados en virtud del Decreto 1794 de 2000. Allí se previó que solo podría seguirse reconociendo el Subsidio Familiar a quienes les estuviera reconocido, precisando que aquel solo podría devengarse hasta el retiro del servicio.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado¹, mediante sentencia de 08 de junio de 2017, declaró la nulidad, con efectos *ex tunc*, del Decreto 3770 de 2009, por considerar que la norma en mención era regresiva, en tanto, que suprimió, sin justificación alguna, el Subsidio Familiar a los Soldados Profesionales. Por ello el Decreto 1794 de 2000 se entiende vigente desde el 01 de enero de 2001 y en adelante, respecto de los soldados que hubieren consolidado el derecho en vigencia de aquel.

Ahora bien, el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014², creó el Subsidio Familiar para Soldados Profesionales que no lo percibieran de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, en los siguientes términos:

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

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

¹ CE, SCA, S2, SS “B”, Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-2010), Actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales “Sedesol”, Demandado: Gobierno Nacional.

² “Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones”.

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.”

Lo expuesto, permite concluir que tendrían derecho al reconocimiento y pago del Subsidio Familiar, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, quienes hubieren consolidado el derecho con anterioridad a la vigencia del Decreto 1161 de 2014 (24 de junio de 2014); mientras que los que lo hubieren consolidado después de aquella data deberán regirse por las reglas previstas en esta última disposición.

Y en términos de la reciente sentencia de unificación³, de fecha 25 de abril de 2019 se sentó como regla jurisprudencial respecto del reconocimiento del subsidio familiar lo siguiente:

“185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004⁴, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

-Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

-Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009⁵, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.⁶

186. 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

³ Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

⁴ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

⁵ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁶ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

En conclusión, 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%⁷ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁸ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. (...)

2.3.2. De la Prima de Actividad

Sea lo primero indicar, que la prima de actividad, como su nombre lo indica, es un emolumento salarial que inicialmente fue otorgada para aquellos miembros de la Fuerza Pública que se encontraban activos en la prestación del servicio. Sin embargo, tal beneficio se hizo extensivo a los militares y policiales retirados que gozan de asignación de Retiro.

El Decreto 0612 del 15 de marzo de 1977⁹, en lo atinente a la prima de actividad, puntualizó:

“ARTÍCULO 65. 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.”.

La norma precitada denota claramente que la prima de actividad es un emolumento salarial creado en beneficio de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es decir, que dentro de sus beneficiarios no se incluye a los soldados o infantes de marina.

Posteriormente, se expidió el Decreto Ley 2063 de 1984, el cual fue sustituido por el Decreto Ley 097 de 1989, y éste a su vez, por el Decreto 1211 de 1990, disposiciones que, como la primera, regulaban lo relativo a la inclusión de la prima de actividad como partida computable o factor salarial en beneficio de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, excluyendo de esta manera a los soldados profesionales.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

⁷ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁸ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

⁹ “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional”.

CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el demandante se vinculó al Ejército Nacional desde el 16 de enero de 1998. Y, a partir del 15 de mayo de 2001, se vinculó como soldado profesional.

Que, el 1 de agosto de 2017, el señor Laureano de Jesús Galeano Ciro, contrajo matrimonio con la señora Betzabeth Leonor Cifuentes Sanabria, por tanto, le asiste derecho al reconocimiento del subsidio familiar, de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1161 de 2014, pues dicha normativa entró en vigencia, con anterioridad¹⁰ a que el señor Laureano de Jesús contrajera nupcias con la señora Betzabeth Leonor.

Con base en lo anterior, encuentra el despacho que la entidad accionada, ha venido efectuando el reconocimiento en los porcentajes fijados en el artículo 1º del Decreto 1161 de 2014, esto es, con el 25%, según se desprende del comprobante de nómina, visible a folio 19 del expediente.

Igualmente, advierte el despacho que, dentro del plenario no obra prueba que permita evidenciar que el señor Galeano Ciro haya radicado ante la entidad documento que acreditara que sostuvo unión marital de hecho con la señora Betzabeth Leonor Cifuentes Sanabria, con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto 1161 de 2014.

En consecuencia, se evidencia que el reconocimiento efectuado por la entidad respecto de este concepto, fue conforme lo establece la norma, por tanto, el despacho no atiende favorablemente la pretensión de reajuste del subsidio familiar en el porcentaje determinado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por no ser éste el aplicable al caso en concreto.

Por otra parte, respecto a la pretensión encaminada al reconocimiento de la prima de actividad, la misma será denegada, atendiendo el análisis normativo que antecede, según el cual, la prima de actividad no es un emolumento contemplado en la ley para los soldados profesionales, pues aquel rubro, según lo previsto por el legislador, se reconoce a los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, de manera que no es posible atender las pretensiones de la demanda.

¹⁰ 24 de junio de 2014

Se precisa que, si bien existe una aparente desigualdad y discriminación respecto de los soldados o infantes de marina por el no reconocimiento y pago de la prima de actividad, aquella está sustentada en los distintos regímenes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares. Así, no es dable predicar la violación al derecho a la igualdad, dado que los soldados profesionales tienen un régimen salarial y prestacional distinto al de los suboficiales, y por ello, en virtud de la potestad de configuración legislativa, en particular, respecto de la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública; el legislador puede crear o ampliar derechos laborales en beneficio de un grupo de servidores, sin que ello implique menoscabo de los derechos de otros.

Respecto de la violación del derecho a la igualdad, bien es sabido que la igualdad se predica entre iguales, situación que no ocurre en el presente caso, pues si bien los soldados Profesionales y los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional hacen parte de las Fuerzas Militares, no es menos cierto que los primeros tienen un rango inferior frente a los otros, por tal razón no se puede predicar el derecho a la igualdad, ni menos aún el principio constitucional de "A Igual Trabajo Igual Salario". Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

"(...)

En reiterada jurisprudencia de ésta Corporación, se ha señalado que el derecho a la igualdad, no plantea una igualdad matemática, sino una igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones, y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones. Con base en éste derecho fundamental contenido en la Carta Política es que se ha dado desarrollo al principio de "a trabajo igual, salario igual". No se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores, que cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente. Al respecto cabe señalar que no se puede dejar en manos del mismo empleador, la posibilidad de que éste desarrolle criterios, subjetivos, amañados y caprichosos que pretendan justificar un trato discriminatorio entre trabajadores que desarrollan la misma actividad..."¹¹

De conformidad con las razones anteriores, el despacho estima que los actos acusados se ajustaron, a las disposiciones legales mencionadas, de suerte que no están incurso en causal de nulidad que desvirtúe su presunción de legalidad, razón por la cual se denegaran las pretensiones de la demanda.

¹¹ CC, Sentencia T-018/99, sentencia de 21 de enero de 1999.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”¹².

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

¹² Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste 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.
(...)

¹³ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia..." y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho.¹⁴

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. NIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

¹⁴ Postura que ha sido reiterada por el H. Consejo de Estado. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.