

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹**

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2019-00479-00
DEMANDANTE: CELIO WALDO LUQUE VANEGAS
**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÉRCITO NACIONAL**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor CELIO WALDO LUQUE VANEGAS, identificado con C.C. N°.91.018.548 expedida en Albania (Santander), a través de apoderado, promovió el 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 – EJERCITO NACIONAL, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

¹- Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda de formularon las pretensiones que a continuación se sintetizan:

1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 20183170832271:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 07 de mayo de 2018 y 20183110764711: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 26 de abril de 2018, por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de un reajuste salarial y del subsidio familiar.
2. Que se inaplique por inconstitucional el inciso 1º del artículo 1º del decreto 1794 de 2000 y el artículo primero del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014
3. A título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada a reliquidar retroactivamente el salario básico que devenga el Soldado Profesional Celio Waldo Luque Vanegas, aumentando el mismo en un 20%. Es decir, que su salario o asignación básica sea equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, a partir del 01 de junio de 2005.
4. De acuerdo a lo anterior, se condene a la entidad demanda a reliquidar todos los salarios y prestaciones devengados por el demandante desde el momento en que ingresó al Ejército Nacional.
5. Que a título de restablecimiento del derecho se condena a la entidad demandada a reliquidar retroactivamente el subsidio familiar que devenga el accionante, aplicando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.
6. Que se condene a la entidad demandada a indexar los valores reconocidos en favor del actor.
7. Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones propuestas, el demandante expuso los hechos que se resumen a continuación:

1. Que el señor Celio Waldo Luque Vanegas ingresó a las fuerzas militares en el año 2005, ostentando la categoría de soldado profesional.
2. Que el demandante, en la actualidad, vive en unión marital de hecho con la señora María Fernanda Rodríguez Téllez, con quien tuvo dos hijos a saber: Julián Camilo y Jenderson Nicolás Luque Rodríguez.
3. Al demandante, de acuerdo a su composición familiar y en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1161 de 2014, se le reconoció el subsidio familiar en cuantía equivalente al 25% de su salario básico.
4. El actor desde su ingreso al Ejército Nacional percibe como asignación básica un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40%.
5. El día 19 de abril de 2018, el accionante presentó derecho de petición solicitando la reliquidación de su asignación básica en cuantía equivalente a 1SMMLV adicionado en un 60%. Igualmente, el día 17 de abril de 2018, presentó solicitud de reliquidación del subsidio familiar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 Decreto 1794 del año 2000.
6. La entidad demandada mediante los actos administrativos demandados denegó las solicitudes presentadas por el demandante.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 4, 13, 48, 53 y 93 de la Constitución Política, artículo 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y artículos 2 y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De orden Legal: Artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo.

1.1.4 Concepto de violación

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. Arguye que, existe una diferencia salarial entre los soldados profesionales que fueron incorporados como voluntarios, y los soldados profesionales que se vincularon como tal, toda vez que los primeros perciben una asignación básica equivalente a un SMMLV incrementado en un 60%; mientras que los segundos perciben un SMMLV incrementado en un 40%.

Lo anterior, a juicio de la parte actora, deviene en una violación del derecho a la igualdad por los efectos del artículo 1º Decreto 1794 del año 2000, y por la sentencia de unificación del Consejo de Estado, que ordenó el reajuste del salario de los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, respecto de quienes se reconoce una asignación salarial equivalente a 1SSMLV incrementado en un 60%.

De acuerdo a lo expuesto, el actor sostiene que existe violación del derecho a la igualdad derivado de la ruptura del principio de a trabajo igual salario igual, sin que exista un motivo constitucionalmente válido que permita observar la diferencia en cuanto a la remuneración.

De otra parte, el apoderado de la parte actora sostiene que el reconocimiento del subsidio familiar en los términos del Decreto 1161 de 2014, es de carácter regresivo respecto del valor reconocido en el Decreto 1794 de 2000, pues en este último se reconoce un porcentaje máximo mayor (62.5%) respecto del primero (26%). En virtud de ello, no es de recibo que se reconozca al demandante un valor inferior al establecido en el Decreto 1794 de 2000.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional no contestó la demanda.

1.2.3 Alegatos

En virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020², que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada¹, el despacho mediante proveído del 23 de octubre de 2020, corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

Una vez vencido el término anterior, la parte demandada y el ministerio público guardaron silencio. De otro lado, la **parte actora** presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los fundamentos de derecho contenidos en la demanda³.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2.1. Problema Jurídico

En el caso *sub examine* se contrae a determinar: Si el señor CELIO WALDO LUQUE VANEGAS tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, le reliquide la asignación básica y el subsidio familiar.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- El señor Celio Waldo Luque Vanegas se encuentra vinculado con la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional desde el 01 de mayo de 2005, en calidad de soldado profesional
- El día 19 de abril de 2018, el señor Celio Waldo Luque Vanegas presentó derecho de petición ante el Comandante las Fuerzas Militares, en el cual solicitó un reajuste de la asignación básica en cuantía equivalente al 20%, y el consecuente reajuste de los demás factores salariales y prestacionales que sean liquidados con fundamento en aquel.

² "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"

³ Documento 9 del expediente digital.

- Igualmente, el día 17 de abril de 2018, el demandante solicitó ante la entidad demandada la reliquidación del subsidio familiar de conformidad con lo dispuesto en el 1794 de 2000.
- La entidad demandada mediante los oficios Nos. 20183170832271:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-IPER-1.10 del 07 de mayo de 2018 y 20183110764711: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 26 de abril de 2018, por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de un reajuste salarial y del subsidio familiar.

2.3 Marco Normativo y jurisprudencial.

Atendiendo lo anterior, el despacho efectúa 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. Régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios incorporados como profesionales.

La Ley 131 de 1985 estableció en su artículo 2° el servicio militar voluntario para aquellos soldados que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaren el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y reunieran los requisitos para ser aceptados, disponiendo lo siguiente:

“Artículo 2o. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

Parágrafo 1o. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

Parágrafo 2o. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno”.

El artículo 4° ibídem consagró una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en los siguientes términos:

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

Atendiendo la normatividad antes referida, se concluye, que el legislador estableció para los soldados voluntarios una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un 60% del mismo salario.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1793 de 2000⁴, a través del cual se definió la condición de Soldado Profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

En lo concerniente a la vinculación de los soldados incorporados en virtud de la Ley 131 de 1985, el parágrafo del artículo 5° del Decreto 1793 de 2000 consagró la posibilidad de que los Soldados Voluntarios fueran vinculados a la planta de personal de la Fuerza Pública como Soldados Profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y respetando el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho. Así lo dispuso:

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

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

Parágrafo. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”.

Así las cosas, los soldados regidos por la Ley 131 de 1985 tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para expresar su intención de incorporarse como soldados profesionales y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen

⁴ “por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”

contenido en el citado Decreto 1793 de 2000, otorgándoles el beneficio de conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de su incorporación. Además, ordenó al Gobierno Nacional que al fijar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, lo hiciera “...con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”⁵.

Luego, en cumplimiento a la orden dada, se expidió el Decreto 1794 de 2000⁶, en lo atinente a la asignación salarial mensual de los soldados profesionales consagró:

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

Artículo 2. (...)

Parágrafo. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”.

Conforme a lo anterior, se concluye que el Decreto 1794 de 2000 respetó los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se encontraban incorporados al 31 de diciembre de 2000, que luego se vincularon por voluntad propia como soldados profesionales, debido a que les mantuvo su retribución mensual correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento, en atención a lo previsto en el artículo 4° de la Ley 131 de 1985; y señaló para los soldados nombrados a partir del 1° de enero de 2001 como profesionales, una contraprestación por el servicio prestado equivalente a un salario mensual igual al salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento del mismo.

⁵ Artículo 38.

⁶ “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”.

En relación a la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, el Consejo de Estado, en sede de tutela, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(…)

Como ya advirtió la Sala, una vez el Tribunal transcribió las anteriores normas, construyó una argumentación tendiente a concluir que el actor estaba cobijado por el régimen de los soldados profesionales (Decretos 1793 y 1794 de 2000) y que en esas condiciones contaba con beneficios que no tuvo como soldado voluntario, y que solo bajo la Ley 131 de 1985 podía devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuando lo cierto es que el Legislador extraordinario, en la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y por ello previó que solo en ese evento, el salario que los últimos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos soldados que ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestados sus servicios como voluntarios, pues para ellos el pago sería de “un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario”.

Entonces, a diferencia de cómo lo consideró el Tribunal tutelado, el actor no estaba solicitando la aplicación de dos regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, sino la observancia del régimen de transición previsto en la norma que le era aplicable, esto es, el Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, al proferir la sentencia de 24 de mayo de 2012, incurrió en la irregularidad de naturaleza sustantiva alegada por el tutelante, pues inaplicó, sin razón alguna, el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normativa regía por completo la situación del señor...

En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del tutelante, dejará sin efectos la sentencia censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que profiera una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia, y analice si en efecto el tutelante cumple con los requisitos que establece la normativa aplicable al caso, para haber sido beneficiario, mientras fue soldado profesional, de un salario equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), como lo establece el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (...)⁷.

Igualmente, en providencia del 6 de agosto de 2015, señaló:

“(…)

En este punto, debe decir la Sala que la aplicación de las disposiciones previstas en el Decreto 1794 de 2000, en lo que toca con el incremento del 60% de los soldados Profesionales incorporados, no ha sido pacífica en sede administrativa toda vez que, como ocurre en el caso concreto, las Fuerzas

⁷ CE, SCA; S5, sentencia de 17 de octubre de 2013, Rad. 11001-03-15-000-2012-01189-01.

Militares han argumentado que los referidos Soldados no tienen derecho al percibir el incremento en un porcentaje igual al 60% dado, que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas militares gozan de una serie de prestaciones que con anterioridad no les eran reconocidas lo que en la práctica compensa la reducción al 40% del citado incremento.

Sin embargo, la Sala rechaza enérgicamente dicha interpretación toda vez que ella en la práctica implicaría prohijar la renuncia tácita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional⁸.

En este mismo sentido, tampoco resulta de recibo el argumento de la supuesta violación al principio de la inescindibilidad de las normas que trae consigo, a estos casos, la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 toda vez que, como quedó visto en precedencia, no se trata de la escisión o fragmentación de las disposiciones del referido Decreto, sino por el contrario, se trata de la aplicación directa de su primera disposición esto es la que regula todo lo concerniente a la asignación que deben percibir los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.
(...)”⁹.

Más recientemente la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰ unificó su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

“(…)”

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰³ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰⁴ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹⁰⁵ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

⁸ Ver artículo 217 de la Constitución Política.

⁹ CE, SCA, S2, sentencia de 6 de agosto de 2015, Rad. (3583-13).

¹⁰ CE, SCA, S2, 25 de agosto de 2016, Exp. No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001. No. Interno: 3420-2015. Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹⁰⁶ y 174¹⁰⁷ de los Decretos 2728 de 1968¹⁰⁸ y 1211 de 1990,¹⁰⁹ respectivamente.
(...)"

En consecuencia, se concluye que el aludido Decreto 1794 de 2000 estableció una diferencia del 20% de la remuneración de los soldados voluntarios que pasaron a profesionales respecto de los soldados profesionales vinculados desde el 1° de enero de 2001, obedeciendo ello, a la garantía constitucional de los derechos adquiridos consagrada en el artículo 58 de la Constitución Política.

2.3.2. Subsidio familiar – 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 Estado¹¹, 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.

¹¹ 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.

Ahora bien, el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014¹², 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.

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 (25 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 unificación¹³, 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 2004¹⁴, para incluir el subsidio familiar en la liquidación

¹² “Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones”.

¹³ Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

¹⁴ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

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 2009¹⁵, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.¹⁶

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 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%¹⁷ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹⁸ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. (...)"

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

CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el señor Celio Waldo Luque Vanegas se vinculó al Ejército Nacional desde el 1º de mayo de 2005, en calidad de soldado profesional.

Mediante derechos de petición radicados los días 17 y 19 de abril de 2018, el actor solicitó de la entidad demandada la reliquidación del subsidio familiar y reajuste salarial del 20%, desde la fecha de ingreso al Ejército Nacional , así como el de las prestaciones sociales causadas desde dicho periodo (folios 2-3). Dichas solicitudes fueron denegadas a través de los oficios 20183170832271:

¹⁵ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁶ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

¹⁷ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁸ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-IPER-1.10 del 07 de mayo de 2018 y 20183110764711: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 26 de abril de 2018.

De lo expuesto, se concluye que el demandante no estuvo vinculado a las Fuerzas Militares en calidad de Soldado, de lo que se infiere que fue incorporado en condición de Soldado Profesional en los términos del Decreto 1794 de 2000. En este orden de ideas, considera el despacho que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20%.

En efecto, el Decreto 1794 de 2000, con la finalidad de evitar vulnerar derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se incorporarán como soldados profesionales, y de la misma manera trasgredir el principio de progresividad y no regresividad en material laboral; creó un régimen de transición en favor del dicho personal, consistente en la posibilidad de continuar percibiendo lo que por concepto “bonificación” les era reconocido, pero ahora como salario (asignación básica).

De modo que, al demandante, por haberse vinculado con posterioridad al 1º de enero de 2000, debe reconocérsele por concepto de salario o asignación básica el valor equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40%.

Se precisa que, si bien existe una aparente desigualdad y discriminación respecto de los soldados profesionales que se vincularon como tal, respecto de los soldados voluntarios que se acogieron a al régimen de soldados profesionales; no es dable predicar la violación al derecho a la igualdad, dado que los soldados profesionales tienen un régimen salarial distinto al de los soldados que siendo voluntarios se acogieron al régimen establecido en el Decreto 1794 de 2000, toda vez que, se reitera, respecto de estos últimos se creó una transición que le permitiera conservar el salario que venían percibiendo.

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 existe una demarcada diferencia en términos de antigüedad entre los exsoldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales y los soldados profesionales vinculados como tal (a partir del 1º de enero de 2000). De modo que no es posible

atribuir la vulneración del principio constitucional de “A Igual Trabajo Igual Salario”.

Al respecto la H. 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...”.¹⁹

Sobre el particular, se acentúa que, si bien existe igualdad de funciones; cierto es que el trato diferenciado se deriva de los derechos adquiridos que fueron protegidos a los antiguos soldados voluntarios. De modo que, tampoco es posible hablar de regresividad, toda vez que el legislador, por un lado protegió los derechos adquiridos de los soldados voluntarios al crear un régimen de transición que propende por proteger el ingreso básico de aquellos; y de otra parte; por cuanto los soldados profesionales vinculados a partir del 1º de enero de 2000, se acogieron al salario establecido en el artículo 10 del Decreto 1794 de 2000.

Aunado a lo anterior, 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.

Ahora bien, se observa que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, creó el subsidio familiar para los soldados profesionales en cuantía equivalente al 4% del salario básico más la prima de antigüedad, siendo el porcentaje máximo para dicho concepto el 58.5%, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del citado Decreto. Sin embargo, dicho emolumento fue suprimido por el Decreto 3770 de 2009, siendo este último declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia de 08 de junio de 2017.

¹⁹ CC, Sentencia T-018/99, sentencia de 21 de enero de 1999.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1161 de 2014 que retomó el reconocimiento y pago del subsidio familiar en favor de los soldados profesionales. En dicha norma se indicó que a los soldados profesionales que no se les hubiere reconocido el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, les sería reconocido dicho emolumento en cuantía no superior al 26% de la asignación básica.

Lo anterior, evidencia que, si bien existe una diferencia ostensible respecto del reconocimiento del subsidio familiar ordenado en el Decreto 1794 de 2000 (62.5% de la asignación básico) y en el Decreto 1161 de 2014 (26%); cierto es que ello se derivó de la ausencia de norma que reconociera dicha prestación durante los años 2009 hasta el 2014. Es decir, que a dicha prestación solo tenían derecho quienes siendo soldados profesionales se les hubieran reconocido en vigencia del Decreto 1794 de 2000.

De modo que, lo que pretendió el Decreto 1161 de 2014, en modo alguno fue desconocer el principio de progresividad, porque lo que se pretendió al momento de su expedición fue reconocer el subsidio familiar a quienes no se les había reconocido.

Finalmente, se resalta que, por virtud de la declaratoria de nulidad del Decreto 377° de 2009, la vigencia del artículo 11 del Decreto de 2000 se extendió hasta el año 2014, cuando fue expedido el decreto 1161 de 2014.

Sobre el particular, ha de precisarse que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 impone como carga al soldado profesional anunciar o comunicar al estado mayor el cambio de estado civil, deber este que no se observa que haya cumplido durante la vigencia del referido decreto.

Decisión.

En conclusión, se encontró demostrado que el demandante no tiene derecho al reajuste del salario en un porcentaje igual al 20%, toda vez que a la fecha de su vinculación el régimen salarial era el establecido en el Decreto 1794 de 2000. Igualmente, se tiene que respecto del subsidio familiar, no es posible el reconocimiento del tal emolumento, pues no es posible aplicarle lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, toda vez que como se indicó

anteriormente el Decreto 1161 no fue regresivo, sino que pretendió reconocer el subsidio familiar a quienes como el demandante no se les había reconocido.

En consecuencia, se evidencia que el acto administrativo acusado no incurrió en las causales de nulidad allegadas por la parte accionante, por ello, la presunción de legalidad que sobre aquel recae permanecerá incólume, y en tal sentido, las pretensiones de la demanda deberán desestimarse.

Condena en 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”²⁰.

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.

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.

²⁰ 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.

(...)

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 derecho²¹, como tampoco se encuentran probadas en el proceso -las agencias en derecho y los gastos del proceso-.

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

FALLA

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

JUEZ

²¹ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "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

EXPEDIENTE N°.:11001-33-42-046-2019-00479-00
DEMANDANTE: CELIO WALGO LUQUE VANEGAS
DEMANDADO: NACIÓN - MINDEFENSA

**JUEZ - JUZGADO 046 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE
BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

65fce77addb746687a1270a2ea3811629ed58b7860c87c1b4f2f54853c1b85a9

Documento generado en 14/12/2020 04:07:51 p.m.

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