



**JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ –**

**Sección Segunda**

**Carrera 57 N° 43-91, CAN. Edificio Aydeé Anzola Linares, Piso 4°**

**Correo electrónico: [admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)**

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de mil veintitrés (2023)

<b>Acción:</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>
<b>Demandante:</b>	<b>Luis Alfredo Giron Bocanegra<sup>1</sup></b>
<b>Demandado:</b>	<b>Nación – Ministerio De Defensa – Ejercito Nacional<sup>2</sup></b>
<b>Radicación:</b>	<b>11001333501620200027500</b>
<b>Asunto:</b>	<b>SENTENCIA ANTICIPADA PRIMERA INSTANCIA</b>

### **1. ASUNTO POR DECIDIR**

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral, sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado en primera instancia, dicta la sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, conforme la siguiente motivación.

### **2. ANTECEDENTES**

**2.1. Pretensiones<sup>3</sup>.** El señor Luis Alfredo Girón Bocanegra por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional**, presentó demanda dentro de la cual solicitó se declare la existencia del silencio administrativo negativo y por consiguiente el acto administrativo ficto o presunto por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad solicitado en el derecho de petición radicado ZPI6AW4MPS de 27 de abril de 2018 y por consiguiente se declare la nulidad del mencionado acto administrativo o en su defecto se aplique la excepción de inconstitucionalidad o de convencionalidad de acuerdo al concepto de violación y se declare que ha realizado las mismas funciones que un soldado voluntario y que se encuentra en el mismo supuesto que los oficiales y suboficiales del ejército Nacional para el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

**2.2. Hechos<sup>4</sup>.** De los hechos expuestos en la demanda se desprende lo siguiente:

- a.** Que prestó servicio militar como soldado y una vez finalizado el mismo fue incorporado como soldado voluntario, de acuerdo a la Ley 131 de 1985.
- b.** Conforme con el Decreto 1794 del año 2000 mediante el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las FF.MM. se determinó que el personal que se vincule como soldado profesional tendría una asignación básica de un s.m.l.m.v. incrementada en un 40% y a los soldados voluntarios se les ordenó que continuaran percibiendo como asignación básica un s.m.l.m.v. incrementada en un 60%.
- c.** Que desde hace varios años su asignación básica ha sido reconocida en un s.m.l.m.v. incrementada en un 40% y pese a encontrarse en el mismo supuesto de hecho que los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, nunca le han reconocido la prima de actividad que estos devengan.
- d.** De igual manera el reconocimiento del subsidio familiar que tiene no se acompasa con lo que debería devengar.
- e.** El 27 de abril de 2018 elevó derecho de petición ante la accionada, que fue radicado con el N° ZPI6AW4MPS a fin de que se reconociera lo solicitado

<sup>1</sup> [notificaciones@wyplawyers.com](mailto:notificaciones@wyplawyers.com)

<sup>2</sup> [Jenny.cabarcas@ejercito.mil.co](mailto:Jenny.cabarcas@ejercito.mil.co); [jenysu80@hotmail.com](mailto:jenysu80@hotmail.com)

<sup>3</sup> Folios 1-2 archivo 03 expediente electrónico

<sup>4</sup> Folio 1 Archivo 03 expediente electrónico

en la presente demanda, es decir, el reconocimiento de la diferencia salarial del 20%, el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad, sin que a la fecha se hubiere dado respuesta alguna por parte del Ejército Nacional.

**2.3. Normas violadas y concepto de violación.** Aduce la parte demandante que han sido vulnerados las siguientes disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93, 94, 125 y 217, los artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre DD.HH, artículo 7° de la Convención De las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 24 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, artículo 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de rango legal las contenidas en las el artículo 134 de la Ley 1437 de 2011, el principio IURA NOVIT CURIA y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En su **concepto de violación**, estima que la entidad demandada infringe las normas en que deberían fundarse al discriminarlo frente a la igualdad salarial del 20%, la prima de actividad y el subsidio familiar.

**2.4. Actuación procesal.** La demanda se presentó el 20 de septiembre de 2020<sup>5</sup>, por medio de auto 1° de febrero de 2021, previa subsanación se admitió la demanda.

De igual forma, el 20 de mayo de 2022<sup>6</sup>, fue notificada mediante correo electrónico la entidad demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Se observa que la entidad demanda contestó la demanda en tiempo, ejerciendo su derecho de defensa y contradicción; vencido el traslado de la excepción, mediante auto de 29 de agosto de 2022 se resolvió la solicitud de medidas cautelares y el 18 de octubre de 2022<sup>7</sup> en aplicación del inciso final del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, se corrió traslado para las alegaciones por el término de 10 días, tiempo en el cual el demandante allegó sus respectivos escritos.

## **2.5. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA.**

### **2.5.1 Oposición a la demandada por la Nación – Ejército Nacional**

La entidad contestó la demanda mediante memorial visible en el archivo 18 del expediente digital, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en tanto, consideró que el derecho de petición fue contestado a través de los oficios 201831313332691 de 13 de julio de 2018 y 20193110595071 de 29 de marzo de 2019, por lo que no existe acto presunto; que frente al reajuste salarial del 20% a los soldados profesionales que se desempeñan como voluntarios se hace necesario precisar que el actor asumió por voluntad propia asumió y al mismo tiempo renunció al anterior y que al pasar de soldado voluntario a soldado profesional adquirió beneficios prestacionales que no existían como soldado voluntario, por ejemplo el no devengar una bonificación sino un salario.

Que las normas que regulan el régimen prestacional y de carrera de los soldados, oficiales y suboficiales, se estableció en diferentes Decretos y en ellos se evidencia que no se consagró el reconocimiento de la prima de actividad para los soldados profesionales.

<sup>5</sup> Archivo 01 expediente electrónico

<sup>6</sup> Archivo 16 expediente electrónico

<sup>7</sup> Archivo 22 expediente electrónico

## **2.6. Alegatos de conclusión.**

**2.6.1. La parte demandada.** En su escrito obrante en el archivo 23 del expediente electrónico afirmó que reitera la existencia de respuesta de la petición presentada por el accionante, por lo que no hay lugar a declarar la existencia del acto presunto, que pese a existir una sentencia de unificación respecto del reajuste salarial del 20% la posición de la entidad es que el incorporarse como soldado profesional después de ser voluntario no implicaba desmejoramientos toda vez que se veían beneficiados de prestaciones que antes no tenían, como por ejemplo prima de antigüedad, vacaciones, cesantías y subsidio familiar.

Respecto de la prima de actividad, que jurídicamente el actor pertenece a un grupo jurídicamente diferenciado cuya formación y responsabilidades son diferentes, por lo que solicitó denegar lo solicitado.

## **3. CONSIDERACIONES**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

### **3.1. Problema Jurídico.**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

**3.1. Problema Jurídico.** Consiste en determinar:

Si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo presunto configurado respecto de la petición presentada por el señor Luis Alfredo Girón Bocanegra el 27 de abril de 2018 radicado ZPI6AW4MPS, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y de la prima de actividad, subsidiariamente se aplique la excepción de inconstitucionalidad y convencionalidad para inaplicar el acto administrativo demandado. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho declare que ha desarrollado las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario y que se encuentra en el mismo supuesto de hecho que contempla la norma para el reconocimiento y pago de la prima de actividad. Finalmente, si hay lugar a condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% dejada de percibir sobre el salario básico mensual y de la prima de actividad, así como a la reliquidación de sus prestaciones sociales, la indexación, los intereses de mora y las costas del proceso.

Los problemas jurídicos serán resueltos mediante las consideraciones pertinentes, las cuales se desarrollarán de la siguiente manera: a) Régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios incorporados como profesionales, b) Naturaleza jurídica de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales en servicio activo, c) d) Del Caso Concreto.

### **3.2. NORMAS APLICABLES Y UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL<sup>8</sup>**

#### **3.2.1. Régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios incorporados como profesionales.**

---

<sup>8</sup> Ver entre otras Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de junio de 2021, radicado 52001-23-33-000-2017-00665-01 (5170-19), 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, Sentencia del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13).

La **Ley 131 de 1985**<sup>9</sup> instituyó en su artículo 2° el servicio militar voluntario para aquellos soldados que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y reunieran los requisitos para ser aceptados.

El **artículo 4°** *ibídem* consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%<sup>10</sup>.

Posteriormente, el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la **Ley 578 de 2000**<sup>11</sup> expidió, ese año, el **Decreto 1794**<sup>12</sup> de 2000 estableciendo el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares e incorporando a quienes estaban vinculados como soldados voluntarios<sup>13</sup>, y en su artículo 1° 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%)”.*

Ahora, los soldados regidos por la Ley 131 de 1985 tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para manifestar su intención de incorporarse como soldados profesionales y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el citado Decreto 1794 de 2000<sup>14</sup>, otorgándoles un beneficio consistente en conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación. Además, dispuso en su art. 38 que el Gobierno Nacional señalaría los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992<sup>15</sup> - sin desmejorar derechos adquiridos- en cumplimiento de lo cual se expidió el Decreto 1794 de 2000<sup>16</sup> que en su artículo primero<sup>17</sup> dispuso su asignación salarial.

Con este cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional se dio un procedimiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados

---

<sup>9</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>10</sup> ARTÍCULO 40. 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.

<sup>11</sup> Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional.

<sup>12</sup> Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>13</sup> “ARTÍCULO 5. SELECCIÓN. 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.” (Subrayado fuera de texto).

<sup>14</sup> Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>15</sup> Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

<sup>16</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>17</sup> “ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

profesionales -a partir del 1º de enero de 2001- y a los que, tenían una vinculación previa como voluntarios -es decir anterior al 31 de diciembre de 2000-, se incorporaran en calidad de profesionales con el fin de respetar los derechos adquiridos.

Por su parte, la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado que, valga resaltar, le compete el conocimiento de asuntos contenciosos laborales, indicó que:

*“Al respecto, se advierte que la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y previó que sólo en ese evento, el salario que éstos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos que ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestados sus servicios como soldados 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.”*

Se desprende de lo expuesto que el Decreto 1794 de 2000<sup>18</sup> contempló un régimen de transición para los soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales en aras de reconocer esa antigüedad, por ello les otorgó el beneficio de que continuaran con la asignación mensual que venían percibiendo consistente en el salario mínimo legal incrementado en un 60%.

Así mismo, la Sección Segunda- Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>19</sup> confirmó una sentencia proferida por este Despacho, bajo los mismos argumentos<sup>20</sup>.

Por otro lado, al resolver la impugnación contra providencia proferida dentro de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado en sentencia<sup>21</sup> del 6 de agosto de 2015 consideró que el incremento del 60% sobre la asignación constituía una protección de los derechos adquiridos, sin hacer distinción alguna frente a la fecha de incorporación<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> “Por el cual se establece el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares”

<sup>19</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección “D” M.P. Luís Alberto Álvarez Parra- Radicación: 2012-0237 sentencia del 13 de febrero de 2014

<sup>20</sup> “(...) De esta manera, al haberse vinculado el demandante como Infante de Marina Voluntario de la Armada Nacional con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, es beneficiario del mandato expreso consagrado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, según el cual “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%)”.

Lo anterior, tiene un fundamento garantista y de irrenunciabilidad de los beneficios laborales reconocidos a los trabajadores contenido en el artículo 53 de la Carta Magna y de manera específica en el artículo 2º literal a) de la Ley 4ª de 1992, la cual reza (...)

Así mismo, esta garantía fue prevista expresamente por el legislador en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, Estatuto del Personal de Soldados Profesionales, al señalar “El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salariales y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”. Por lo tanto, el Gobierno Nacional al expedir el régimen salarial de los soldados profesionales no podía desconocer los derechos salariales de los que gozaban en esa época los soldados voluntarios.”

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. 6 de agosto de 2015. Radicación número: 66001-23-33-000-2012-00128-01 (3583-13).

<sup>22</sup> A partir del 1 de noviembre de 2003 se registró su incorporación como Soldado Profesional, en los términos del Decreto 1794 de 2000. Bajo estos supuestos, estima la Sala tal como lo consideró el Tribunal que el señor Walter Olarte Valencia tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como Soldado Voluntario y, con posterioridad, como Soldado Profesional, esto, a partir de la fecha de su incorporación noviembre de 2003.

En efecto, como quedó visto en el acápite que antecede el hecho de que el accionante se hubiera desempeñado, en primer lugar, como Soldado Voluntario y a posteriori como Soldado Profesional no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como Soldados Profesionales a partir de su vigencia e incluso del tiempo de antigüedad debidamente certificado. Lo anterior, también debe decirse, en desarrollo de los objetivos y criterios fundamentales consignados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992 y que, en todo caso, debe observar el Gobierno Nacional para efectos de fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, entre ellos, el respeto a los derechos adquiridos.

Finalmente, el Consejo de Estado – Sala Plena de la Sección Segunda en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016<sup>23</sup>, dispuso que el Gobierno Nacional al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto 1794 de 2000, dispuso conservar para los soldados que venían de ser voluntarios, el monto de salario básico que percibían en virtud de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo incrementado en un 60%.<sup>24</sup>

Por otra parte, dentro del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 se definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales tanto los que iban a ingresar por primera vez al servicio como los que venían de ser voluntarios, de la siguiente forma:

**«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%)<sup>25</sup>.*

**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.».*

Igualmente, la precitada normativa en sus artículos 2.º, 3.º y 4.º señaló las prestaciones a las cuales tenían derecho los soldados profesionales, al siguiente tenor:

**«Artículo 2.** *Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).*  
[...]

<sup>23</sup> SALA PLENA de la Sección Segunda, Sentencia del 25 de agosto de 2016, C.P Dra. Sandra Lisset Ibarra Pérez, Expediente 850013333002201300060 01, Numero Interno 3420-2015, Actor Benicio Antonio Cruz.

<sup>24</sup> “(...)Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000<sup>24</sup> distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario. En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>24</sup> en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,<sup>24</sup> cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,<sup>24</sup> es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%”.

<sup>25</sup> Al respecto esta Corporación en sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 del 25 de abril de 2019, fijó las reglas respecto de las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales así como la inclusión del subsidio familiar en dicha prestación.

**Artículo 3.** *Prima de servicio anual. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento 50% del salario básico devengado en el mes de Junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de Julio. de cada año.*

**Parágrafo 1.** *Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.*

**Parágrafo 2.** *Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de noventa (90) días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.*

**Artículo 4.** *prima de vacaciones. A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.*

*Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.*

**Artículo 5.** *prima de navidad. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.*

**Parágrafo.** *Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.*  
[...]

**Artículo 9.** *Cesantías. El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional*  
[...]

**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.».*

De esta forma, se encuentra que los soldados profesionales sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar<sup>26</sup> y cesantías, las

---

<sup>26</sup> *Ibidem.*

cuales deben calcularse teniendo en cuenta el salario básico. Sin que se observe la inclusión de la prima de actividad a favor de este personal.

### **3.2.2. Naturaleza jurídica de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales en servicio activo**

La prima de actividad a favor de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo fue inicialmente reglamentada en los artículos 59 y 116 del Decreto 2337 de 1971<sup>27</sup>. Posterior a ello, el Decreto 612 de 1977 que reorganizó la carrera de los mentados miembros, en su artículo 65, previó lo siguiente:

*«[...] 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.»*

Con fundamento en lo regulado en la Ley 19 de 1983<sup>28</sup>, se expidió el Decreto 089 de 1984 el cual reorganizó la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y en su artículo 80 codificó nuevamente la prima de actividad para el personal en servicio activo equivalente al 33% del respectivo sueldo básico.

En el artículo 152 de esta última normativa se previó el mentado emolumento para efectos de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales, en los términos que a continuación se señalan:

*«[...] Computo (sic) Prima de actividades (sic). A partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales la prima de actividad de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se computará de la siguiente forma:*

*Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).*

*Para individuos con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).*

*Para individuos con, veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%)*

*Para. Individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).*

*Para individuos con treinta (30) o más y tres por ciento años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).»*

Luego, el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 5ª de 1988, expidió el Decreto 95 del 11 de enero de 1989<sup>29</sup> y en su artículo 82 preceptuó dicha prestación bajo los mismos parámetros a los determinados inicialmente.

Se resalta, que en iguales circunstancias se fijó la mencionada prima a favor de los miembros activos de la Policía Nacional por medio de los Decretos 613 de 1977<sup>30</sup> (artículo 53), 2062 de 1984 (artículo 81) y 096 de 1989 (artículo 68).

<sup>27</sup> «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

<sup>28</sup> «Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional».

<sup>29</sup> «Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

<sup>30</sup> «Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional».



Posteriormente, en el artículo 84<sup>31</sup> del Decreto 1211 de 1990<sup>32</sup> se dejó incólume el porcentaje que por prima de actividad devengaba el personal en servicio activo. En relación con tenerse en cuenta como partida computable de la asignación de retiro, el artículo 159 *ibidem*, adujo:

*«[...] Cómputo prima de actividad. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computar de la siguiente forma:*

*- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).*

*- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).*

*- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).*

*- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).».*

Cabe destacar que en los Decretos 1212 de 1990 (artículo 68) y 1214 de 1990 (artículo 38), se instituyó también la prestación para los miembros de la Policía Nacional y para los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

Bajo esta intelección, la Sala advierte que el mentado emolumento desde su creación, se previó como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, en los grados de oficiales y suboficiales, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje señalado para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

De igual forma, se observa que el Gobierno Nacional en armonía con las pautas trazadas por el Congreso de la República respecto del régimen prestacional de la Fuerza Pública, fijó a partir de las normas en comento, lo concerniente a la prima de actividad en los porcentajes correspondientes, teniendo en cuenta para cada caso, los años de servicio y la condición del servidor, esto es, si se trataba de agente de la Policía Nacional, oficial y suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

### **3.2.3. De la excepción de inconstitucionalidad**

El artículo 4.º de la Constitución Política contempla: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». Es decir, que la vía de excepción constituye una obligación expresa del juez contencioso de inaplicar o desconocer una norma de inferior jerarquía en procura de respetar la Carta Magna, únicamente vinculante respecto de los sujetos procesales.

De esta forma, se tiene que el control por vía de excepción consagrada en el artículo 148 del CPACA, consiste en un mecanismo del que puede hacer uso el juez oficiosamente o a petición de parte dentro de los procesos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativa que se adelante y cuya finalidad es dejar sin efectos un acto administrativo cuando vulnere la Constitución Política, decisión que solo opera entre quienes hagan parte del litigio.

---

<sup>31</sup> «ARTICULO 84. Prima de actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a **una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.**» (Resaltado intencional). Monto que fue incrementado por los artículos 2.º del Decreto 2863 de 2007, 31 del Decreto 673 de 2008, 30 de los Decretos 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, al 49.5%.

<sup>32</sup> «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-122 de 2011, sostuvo:

*«[...] De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto<sup>33</sup>. **Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.** En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.».* (Resaltado intencional).

Bajo esa óptica, ha sostenido el Consejo de Estado<sup>34</sup> que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, con las normas constitucionales.

En este orden, la supremacía constitucional que se deriva del artículo 4° Superior hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas, en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas. En consecuencia, los principios que deben protegerse en este contexto son en la mayoría de las ocasiones los relativos a los derechos constitucionales de las personas (derechos fundamentales).

### **3.2.3.1 Principios laborales como mandatos de optimización y como límites de la competencia para regular el régimen de los miembros de la Fuerza Pública**

La Constitución Política, prevé en los artículos 1° y 2° que Colombia es un Estado social de derecho y que dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la misma Carta. Asimismo, el artículo 93 reconoce la obligación de dar prevalencia en el orden interno a los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción.

Así pues, los principios señalados por los tratados internacionales se presentan, en palabras de Alexy, como *mandatos de optimización*, esto es, «*como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas*»<sup>35</sup>. En este contexto, los principios contenidos en tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos se presentan como parámetros que el legislador o en este caso, el ejecutivo, deben tener presentes para el diseño y la implementación de las políticas públicas que se adopten en relación con los derechos de las personas.

---

<sup>33</sup> Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, “El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexequibilidad sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge” (Negritillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284)

<sup>34</sup> Sentencia del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13).

<sup>35</sup> ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, Ed. Distribuciones Fontamara, México D.F., segunda edición, 1998, p. 12.

De esta forma, y respecto de lo relevante para el caso aquí estudiado, se hace necesario, analizar los principios de igualdad y progresividad.

### 3.2.3.2. Del principio de igualdad

El artículo 13<sup>36</sup> de la Constitución Política regula la igualdad frente a la ley y el derecho que tienen las personas a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, sin ser discriminadas por razón de características tales como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras.

Además, en criterio de la Corte Constitucional, con fundamento en el principio de no discriminación, la ley no puede fijar condiciones distintas a algunos sectores de la población sin una justificación objetiva y razonable, o que no tengan una relación de proporcionalidad *«[...] entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue. [...]»*<sup>37</sup>.

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>38</sup>, ha sostenido respecto de la interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación, lo siguiente:

***«[...] Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado<sup>39</sup> que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico<sup>40</sup>.***

*Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto<sup>41</sup>. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias<sup>42</sup>.*

---

<sup>36</sup> «**ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996, M.P.: Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

<sup>38</sup> Por medio de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972 el Congreso de la República aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

<sup>39</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* párr. 55.

<sup>40</sup> Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 269.

<sup>41</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 40, párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 271.

<sup>42</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 40, párr. 104; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

[...]

*La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”<sup>43</sup>. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana<sup>44</sup>. [...]»<sup>45</sup> (Negrita fuera de texto).*

Ahora bien, con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual.

Para tal efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad<sup>46</sup>, que permite determinar si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, herramienta que está compuesta por tres etapas de análisis a saber: i) criterios de comparación, esto es, determinar si se trata de sujetos de la misma naturaleza; ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y; iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

### **3.2.3.3. Del principio de progresividad**

Conforme lo señaló la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019<sup>47</sup>, el contenido del principio de progresividad puede entenderse a partir de lo señalado por el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales, en el artículo 2.1, así:

*«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.»*

Lo anterior, en consonancia con lo previsto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 26<sup>48</sup>, implica la obligación de mejora continua en las medidas que adopte el Estado para avanzar en el nivel de goce y ejercicio de los derechos o de permitirles el acceso a personas que se encontraban por completo privadas de aquellos.

<sup>43</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota, párrs. 53 y 54 y *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

<sup>44</sup> *Mutatis mutandi*, *Caso Aritz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y *Caso Barbani Duarte y otros*, *supra* nota 91, párr. 174.

<sup>45</sup> *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

<sup>46</sup> Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.

<sup>47</sup> Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19.

<sup>48</sup> Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Sobre el alcance del principio de progresividad la jurisprudencia constitucional<sup>49</sup> ha precisado que se trata de un mandato con dos contenidos complementarios, que explica de la siguiente manera: «[...] por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad. Por otra parte, también implica un segundo sentido, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. [...]».

Acorde con lo trasuntado, se advierte que este principio propende por optimizar las condiciones laborales de los trabajadores, en la medida en que, dentro del régimen de la excepcionalidad como es el de la Fuerza Pública, ha incluido progresivamente partidas a favor del personal que antes no percibían.

De allí que no se considere regresivo el referido régimen, dado que ha buscado un equilibrio en los derechos salariales y prestacionales entre sus miembros, lo cual se ve reflejado, por ejemplo, en que quienes fueron soldados voluntarios tuvieron la posibilidad de acceder a una asignación de retiro solamente a partir del Decreto 4433 de 2004.

### 3.3. Del Subsidio Familiar

El Congreso de la República expidió la Ley 21 de 22 de enero de 1982, según la cual definió el subsidio familiar como *«una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad»*.

El artículo 13 *ibidem*, previó que *el «Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los organismos, descentralizados adscritos o vinculados a dicho Ministerio, continuarán pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que rigen para dichas entidades»*. Para las fuerzas militares, los Decretos 1211 de 1990<sup>50</sup> y 1794 de 2000<sup>51</sup> regularon esta prestación para los oficiales y suboficiales y los soldados que se incorporaron como profesionales.

Con posterioridad, el Decreto 3770 de 30 de septiembre de 2009<sup>52</sup> derogó el subsidio familiar creado para los soldados profesionales en el año 2000, y en su párrafo primero determinó que *«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*

<sup>49</sup> Al respecto ver las sentencias de la Corte Constitucional C-038 de 2004 y C-671 de 2002, entre otras.

<sup>50</sup> «ARTÍCULO 79. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deberá hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación».

<sup>51</sup> «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».

<sup>52</sup> «Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones».

*artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio»<sup>53</sup>.*

Luego, el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014<sup>54</sup> nuevamente instituyó el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1.º de julio de 2014<sup>55</sup>

#### **4. Caso concreto.**

Se encuentra probado dentro del expediente:

a) Que el 27 de abril de 2018 el accionante presentó derecho de petición en el que como soldado voluntario promovido a soldado profesional solicitaba el reajuste de la diferencia salarial del 20% y se le reconociera la prima de actividad. (Fl. 13 archivo 03 expediente electrónico)

b) Que el accionante tiene registrados como beneficiarios la señora Miryam Isabel Buitrago Montañez en calidad de cónyuge desde el 4 de marzo de 2015 y a los menores J.D.G.B y Y.F.G.B. como hijos desde el 17 de octubre de 2007. (Fl. 13 archivo 18 expediente electrónico).

A efectos de resolver se abordará inicialmente lo referente a la prima de actividad y a continuación lo referente al reajuste salarial y al subsidio familiar pretendidos.

En lo que respecta a la prima de actividad, es hecho aceptado por la entidad demandada que el accionante se desempeña como soldado profesional, a partir de lo cual es dable colegir que el régimen salarial y prestacional que lo rige es el previsto en el Decreto 1794 de 2000, bajo esta intelección y acorde con la normativa analizada en apartes anteriores, se deduce que dicho régimen no contempla la prima de actividad como prestación social a devengar por parte de los soldados profesionales, circunstancia que es advertida por la parte demandante.

---

<sup>53</sup> en sentencia de 8 de junio de 2017, expediente 0686-10, con ponencia del consejero de Estado, Cesar Palomino Cortés, declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, luego de considerar que suprimir el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados profesionales, constituye una decisión regresiva y 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»

<sup>54</sup> «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones».

<sup>55</sup> «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.

PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto».

En ese sentido, es necesario verificar si dicha hipótesis, en efecto vulnera el mentado principio, por lo cual la Sala estima conveniente aplicar el test de igualdad previsto por la Corte Constitucional con el fin de determinar si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y civiles del Ministerio de Defensa Nacional.

Sobre el punto, se destaca que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «*como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática*»<sup>56</sup>, 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*»<sup>57</sup>, por lo cual ha concluido que «*la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad*».

Bajo esa óptica, en primer lugar, es preciso señalar que:

- La comparación solicitada en el *sub lite* no es procedente, habida cuenta de que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, los cuales pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. En efecto, los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes<sup>58</sup>.

Así, los criterios de distinción que hace el Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública obedecen a distinciones razonables, como el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder a cada grado.

- La normativa que rige cada uno de los grupos de miembros de las Fuerzas Militares y personal Civil del Ministerio de Defensa parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial y prestacional, sin que ello constituya de manera alguna, una discriminación, porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil.

Obsérvese que los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores prudentes que el mismo legislador ha previsto dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se requieren calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica entonces la distinción salarial.

- Igualmente y de acuerdo con lo regulado en el artículo 2.º de la Ley 4ª de 1992, debe tenerse en cuenta que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades. Es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones.

---

<sup>56</sup> T-587 de 2006.

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> Al respecto ver la sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005.

Así, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.

- Aunado a ello, se tiene que la prima de actividad se previó como una prestación a favor de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, que posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, sin que con la misma se pretenda cubrir una condición especial a los beneficiarios de aquella, como, por ejemplo, ocurre en el caso del subsidio familiar.

De esta forma, si bien la mentada prestación no se tiene regulada a favor de los soldados profesionales la cual sí se prevé para los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, también lo es que, estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos.

Ello toda vez que: **i)** pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y **ii)** los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes.

Dichas circunstancias especiales permiten que en materia salarial se determinen tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, esto es, que los criterios de diferenciación en el *sub iudice* obedecen a factores prudentes que el legislador ha señalado dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución.

Igual situación ocurre con el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional que tiene un régimen especial para el ingreso, retiro, emolumentos salariales y prestaciones disímiles al que rige las Fuerzas Militares y de Policía.

Contrario es cuando se demuestra que, sin razón justificada, las diferencias surgidas en aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios frente a quienes se encuentran sometidos a uno u otro régimen, lo cual constituiría una discriminación que involucra la inaplicación de dicha normativa y la exclusión del ordenamiento jurídico, por desconocimiento del derecho a la igualdad, lo cual, conforme se analizó, no se aprecia en el *sub lite*.

En conclusión: no se presenta la vulneración al principio a la igualdad de los demandantes que genere el derecho al emolumento deprecado, al no prever a favor de aquellos la prima de actividad, dado que existen razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los miembros beneficiarios de las normas, pues los sujetos pertenecen a grupos jurídicamente disímiles que responden a una naturaleza funcional distinta, que no hacen comparables las medidas que se adoptan para uno y otro grupo de miembros de la institución castrense.

Ahora bien, en lo referente a las pretensiones referentes al reajuste salarial y del subsidio familiar considera oportuno resaltar este Despacho que quien pretenda acudir ante la administración de justicia está en la obligación de observar algunas cargas y respetar las ritualidades propias de cada proceso; en este caso, allegar los elementos de prueba a que hubiere lugar, en virtud del principio *onus probandi incumbit actori*, con el fin de brindar un soporte a la decisión tomada por el operador judicial, lo que se acompasa con la obligación que en tal sentido impone el artículo 167 del C.G.P.

Así las cosas, dentro del expediente la parte actora no allegó prueba alguna que permitiera determinar su condición de soldado voluntario promovido a profesional, ni de los haberes que viene recibiendo de manera mensual, ni siquiera sobre la existencia de la condición para acceder al subsidio familiar, y si bien el apoderado del actor alega la imposibilidad de allegar algún tipo de prueba documental adicional a la aportada con la demanda, dicha imposibilidad no se acompasa con el libre acceso que tiene cualquier trabajador a un mínimo de documentos de su relación laboral,



como lo son las nóminas mensuales o una certificación de vinculación laboral y si bien existe una facultad oficiosa en cabeza del Juez para esclarecer la verdad, la misma no puede suplir la mínima actividad probatoria que corresponde a la parte en apoyo a sus pretensiones, quien después de transcurridos más de dos años podría haber acudido incluso a mecanismos constitucionales de protección a su derecho de petición.

De modo que, realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, como se hizo, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones del demandante, deben ser negadas en la forma indicada por el Despacho.

## **5. Costas y agencias en derecho**

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018<sup>59</sup>, de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia citada, encuentra este Despacho que en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda impetradas por el señor **LUIS ALFREDO GIRÓN BOCANEGRA** por las razones expuestas en la parte motiva de presente providencia.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones indicadas en esta providencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase a los interesados el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS**  
**JUEZ**

Stld

---

<sup>59</sup> “a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la

medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

**Firmado Por:**  
**Blanca Liliana Poveda Cabezas**  
**Juez**  
**Juzgado Administrativo**  
**016**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **00b395469847fc386194cced9b12c3ecfe2c0e181832b4b41500b23f36193952**

Documento generado en 13/02/2023 09:43:58 PM

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