



Rama Judicial

República de Colombia

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: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Ferley Tiberio Rodríguez Moncada¹
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional²
Radicación:	110013335016202000019700
Asunto:	Sentencia Anticipada Primera Instancia

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179, modificado por el artículo 39 de la Ley 2080 de 2021, artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación,

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones³. El señor **FERLEY TIBERIO RODRÍGUEZ MONCADA**, por conducto de apoderado judicial y, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto ADMINISTRATIVO 20183112402901 MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 7 de diciembre de 2019 y del acto ficto configurado ante la falta de respuesta sobre la totalidad de las pretensiones presentadas en el radicado Q3SNRA9BHT y como consecuencia de las anteriores declaraciones si hay lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad y por ende se debe disponer el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% sobre la asignación básica devengada de conformidad con la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000, la prima de actividad y el subsidio familiar con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000

¹ notificaciones@wyplawyers.com

² Notificaciones.Bogota@mindefensa.gov.co; juridicaestefaniaio@gmail.com; carinaE.ospina@mindefensa.gov.co

³ Folio 2 archivo 001 expediente electrónico y 023_ED_001DEMANDA SAMAI

2.2. Hechos⁴. De los hechos expuestos en la demanda se desprende lo siguiente:

- a. Que es soldado profesional incorporado al régimen de carrera y estatuto del Decreto 1793 de 2000 sin haber sido soldado voluntario.
- b. Que tiene las mismas funciones que las de los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales.
- c. Que el régimen de carrera de los soldados profesionales establece un trato de igualdad tanto para los soldados que fueron voluntarios como para los que no lo fueron, en lo que tiene que ver con asignación de funciones y con la ejecución de las mismas.
- d. Que en ese orden de ideas se encuentra en situación de discriminación salarial frente a quienes se vincularon como soldados voluntarios.
- e. Que al igual que los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, se encuentran en el mismo supuesto de hecho, que contempla la norma para el reconocimiento y pago de la prima de actividad.
- f. Que además de ello tiene derecho a que le reajusten el subsidio de familia en mejores condiciones que las actuales.
- g. El 2 de noviembre de 2018 radicó derecho de petición N° Q3SNRA9BHTI en el que solicitaba el reconocimiento de la diferencia salarial del 20%, el reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento de la prima de actividad.
- h. En lo que respecta a la solicitud del reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y de la prima de actividad la entidad guardó silencio configurando sobre este punto un acto presunto.
- i. Y en lo que respeta al reajuste del subsidio familiar mediante Oficio 0183112402901 MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de 7 de diciembre de 2019 la entidad accionada indicó que no era viable jurídicamente bajo los parámetros del Decreto 1794 de 2000.
- j. Que nunca fueron entregados los documentos solicitados en el derecho de petición.
- k. Finalmente, que mediante petición V3BADQJ184 solicitó a la entidad informaran sobre funciones y deferencias de los soldados voluntarios y profesionales, y que solamente en cumplimiento de un fallo de tutela la entidad dio respuesta a su solicitud.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: Artículos 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93,94, 125 y 217 de la Constitución, Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículos 1, 2, 23 y 24; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 7; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, Artículo 24, Declaración Universal De Derechos Humanos

⁴ Folios 1-2 archivo 001 expediente electrónico y 023_ED_001DEMANDA SAMAI.

Artículo 7, ley 1437 Artículo 134, Jurisprudenciales: Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017) y Iura Novit Curiae.

Que los actos demandados se expidieron con infracción de las normas en que debían fundarse, en especial en el mandato de no discriminación y el principio de igualdad, al no sustentarse en las normas que corresponden en especial en los principios de la función pública, violar el principio de favorabilidad y el de excepción de inconstitucionalidad.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 6 de agosto de 2020⁵ y mediante auto del 11 de julio de 2022⁶ previa subsanación se admitió la demanda de la referencia; asimismo, el 27 de julio de 2022⁷ fue notificada mediante correo electrónico las entidades demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En el término de traslado de la demanda, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional allegó escrito de contestación.

Mediante auto de 8 de noviembre de 2022⁸ se resolvió la medida cautelar solicitada por la parte actora y el 28 de noviembre de 2023⁹, previo decreto de pruebas, se fijó el litigio y se corrió traslado para presentar las respectivas alegaciones.

2.5 Contestación de la demanda: Mediante escrito recibido el 19 de septiembre de 2022¹⁰, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se opuso a la prosperidad de las pretensiones y para el efecto indicó que al demandante se le paga lo establecido en la normativa especial señalada para el caso de los soldados profesionales y que dentro del régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales no se establece el pago de la prima de actividad.

Que el legislador, en su sabiduría, dispuso que este derecho salarial se radicara en cabeza del uniformado, pero no le dio el carácter de derecho absoluto, como si le asistiese por el solo hecho de ser activo en la fuerza pública, si no que para concederlo diseñó una regla de las conocidas por la doctrina como normas condicionales, esto es que para que se dé un supuesto, debe existir un presupuesto, dicho en otras palabras, para que haya lugar al derecho se debe cumplir

⁵ Archivo 003 expediente electrónico y 025_ED_003ACTAREPARTO

⁶ Archivo 009 expediente electrónico y 015_ED_009AUTOADMITEDEMANDA

⁷ Archivo 013 expediente electrónico y 014_ED_013NOTIFICACIONTRASL

⁸ Archivo 016 expediente electrónico y 010_ED_016CONTESTACIONDEMAN

⁹ Archivo 028 expediente electrónico y 028FIJALITIGIOTRASLA

¹⁰ Archivo 014 expediente electrónico y 010_ED_014CONTESTACIONDEMAN

con una circunstancia pre existente, pero para el caso que nos ocupa, condicionó el derecho no solo al cumplimiento de una sino de dos circunstancias, estas a saber, son i) ser casado o con unión marital de hecho, ii) deberá haber reportado el cambio de estado civil, a partir de su inicio, al comando de la fuerza.

En el caso en concreto, no hay prueba que demuestre lo pretendido ya que en los documentos aportados no se demuestra la fecha de la declaración unión marital de hecho o el registro civil de matrimonio.

Que no se le ha vulnerado ningún derecho pues el régimen al cual pertenece se le ha venido respetando integralmente, pues no ha sido jamás Soldado Voluntario. Por el contrario, al hoy demandante se le paga lo establecido en la normatividad especial señalada para el caso de los Soldados Profesionales, tales como Asignación Básica mensual, cesantías, vacaciones, primas, sustitución pensional, salud a sus beneficiarios, Subsidio familiar, entre otras.

Lo anterior se evidencia con el certificado de ingresos aportado con la demanda y en ese orden solicitó se declararan improcedentes las pretensiones del accionante.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 Alegatos de la parte demandante: Dentro del término concedido allegó memorial obrante en el archivo 029 del expediente electrónico (029ALLEGAALEGATOSDEC en SAMAI) en el que de manera extensa indicó que no es aplicable al caso de su representado la sentencia de unificación expuesta por la defensa de la entidad en tanto que las situaciones de hecho como en las de derecho son disímiles y lo que se expone es el hecho de que frente a las personas que ingresaron al servicio de la fuerza de manera posterior a la de quienes durante un tiempo ejercieron como soldados voluntarios la norma generó una discriminación que atenta contra el principio de a trabajo igual salario igual.

Que la prima de actividad no es una prima que este diseñada para ser pagada de acuerdo a la cantidad y calidad de trabajo. de ser así, entonces se estaría diciendo que el trabajo de un cabo, de un sargento, de un teniente, de capitán, de un coronel, de un general es el mismo. Se desconocería las funciones y exigencias de cada cargo. La prima es pagada sin importar si es o no proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, pues todos los grados de oficial y los de suboficial tiene funciones diferentes, y aun así reciben el pago de esa prima.

Por el contrario, lo que exige la norma para ganar la prima de actividad, es que los

oficiales “permanezcan en el desempeño de sus funciones”. Y un soldado que también “permanece en el desempeño de sus funciones”, es excluido de la prima de actividad. Por eso es que se viola el derecho fundamental, pues al no discriminar la función a los demás a su representado no se le puede discriminar su función. Todo ello, en razón a que la prima de actividad tiene la naturaleza jurídica de ser una prestación social, más no salario, que si la prima es devengada, sin excepción alguna, por oficiales y suboficiales que, entre ellos mismos, a sabiendas que tienen funciones, responsabilidades, formación diferente, no es de recibo afirmar que el soldado profesional no puede devengar la prima de actividad porque su trabajo es diferente a de los demás grupos de la institución.

Finalmente, que se encuentran probadas las afirmaciones expuestas por lo que solicita se conceda el derecho pretendido.

2.6.2. Alegatos de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional. Dentro del término concedido guardó silencio.

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 a resolver: consiste en determinar:

- ¿Debe accederse al reajuste salarial del 20% a quienes se vincularon como soldados profesionales al Ejército Nacional con posterioridad al año 2000?.
- ¿Debe reconocerse la prima de actividad para los soldados profesionales?
- ¿Al accionante debe reajustársele el subsidio familiar que devenga actualmente?

Así las cosas, se abordará el estudio de la pretensión y para ello se plantea el siguiente orden conceptual: Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **i)** Régimen salarial aplicable a los soldados profesionales, **ii)** Naturaleza jurídica de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales en servicio activo, **iii)** excepción de inconstitucionalidad, **iv)** Subsidio Familiar y **v)** caso concreto.

i) Régimen salarial aplicable a los soldados profesionales y caso concreto.

La **Ley 131 de 1985**¹¹ 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%¹².

Posteriormente, el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la **Ley 578 de 2000**¹³ expidió, ese año, el **Decreto 1794**¹⁴ 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 voluntarios¹⁵, 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 2000¹⁶, otorgándoles un beneficio consistente en conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al

¹¹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹² 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.

¹³ 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.

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

¹⁵ “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).

¹⁶ Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

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 1992¹⁷ -sin desmejorar derechos adquiridos- en cumplimiento de lo cual se expidió el Decreto 1794 de 2000¹⁸ que en su artículo primero¹⁹ 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 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.

En este sentido, quien establece tal diferenciación es la autoridad que tiene la cláusula general de competencia para fijarla y en consecuencia, la entidad accionada actuó conforme a lo dispuesto por la normatividad aplicable al caso.

ii) 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 1971²⁰. 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 1983²¹, se expidió el Decreto 089 de 1984 el cual reorganizó la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares

¹⁷ 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.

¹⁸ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁹ «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%).»

²⁰ «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

²¹ «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».

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 actividad (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 1989²² 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 1977²³ (artículo 53), 2062 de 1984 (artículo 81) y 096 de 1989 (artículo 68).

Posteriormente, en el artículo 84²⁴ del Decreto 1211 de 1990²⁵ se dejó incólume el porcentaje que por prima de actividad devengaba el personal en servicio activo. En

²² «Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

²³ «Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional».

²⁴ «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%.

²⁵ «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

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.

iii) 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 administrativo 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.

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 concreto²⁶. **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 Estado²⁷ 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.

²⁶ 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 inexecuibilidad 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” (Negrillas 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)

²⁷ Sentencia del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13).

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).

iii. a - 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*»²⁸. 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.

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

iii. b - Del principio de igualdad

El artículo 13²⁹ 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

²⁸ ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, Ed. Distribuciones Fontamara, México D.F., segunda edición, 1998, p. 12.

²⁹ «**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».

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. [...]»*³⁰.

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹, 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 señalado³² 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 jurídico³³.

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 facto³⁴. 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 discriminatorias³⁵.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996, M.P.: Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

³¹ 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".

³² Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* párr. 55.

³³ 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.

³⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 33, párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 271.

³⁵ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 33, 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”³⁶. 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 Americana³⁷. [...]»³⁸ (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 igualdad³⁹, 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.

iii. c - Del principio de progresividad

Conforme lo señaló la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴⁰, 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

³⁶ 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.

³⁷ *Mutatis mutandi*, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de los 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.

³⁸ *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

³⁹ 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.

⁴⁰ Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19.

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 26⁴¹, 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.

Sobre el alcance del principio de progresividad la jurisprudencia constitucional⁴² 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.

iv) 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

⁴¹ 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.

⁴² Al respecto ver las sentencias de la Corte Constitucional C-038 de 2004 y C-671 de 2002, entre otras.

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 1990⁴³ y 1794 de 2000⁴⁴ 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 2009⁴⁵ 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 artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio», norma que mediante sentencia de 8 de junio de 2017, expediente 0686-10, con ponencia del Consejero de Estado, Cesar Palomino Cortés, fue declarada nula con efectos *ex tunc*, 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»*

⁴³ «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».

⁴⁴ «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».

⁴⁵ «Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones».

Luego, el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014⁴⁶ nuevamente instituyó el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1.º de julio de 2014⁴⁷ norma que se encargó de subrogar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

5. Caso concreto.

Se encuentra probado dentro del expediente:

- a) Que mediante oficio N° 20183112402901 – MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de 7 de diciembre de 2018 mediante el cual la accionada dio respuesta a la petición Q3SNRA9BHT sólo en lo referente al subsidio familiar y para el caso le indicaron que mediante Orden Administrativa de Personal N° 1467 de 25 de abril de 2016 y con novedad fiscal de 4 de febrero de 2016 le fue reconocido el 20% del subsidio familiar por su matrimonio con la señora Lorena Eligia Madera Quintero bajo el amparo del Decreto 1161 de 2014, pues no se había consolidado su derecho ni durante la vigencia del Decreto 3770 de 2009 ni mucho menos del Decreto 1794 de 2000. (fls. 18-19 Archivo 001 expediente electrónico o 023_ED_001DEMANDA SAMAI)
- b) Que a través de petición Q3SNRA9BHT de 1º de noviembre de 2018 el señor Rodríguez Moncada solicitó:
- Ejército Nacional fui promovido como soldado profesional, y en la actualidad estoy activo. PETICIONES 1. Se me reconozca y pague la diferencia salarial de Acuerdo a lo señalado en la ley 131 de 1985, que es el 20% salarial, amparando el derecho fundamental a la igualdad. Dicho aumento se para todas y cada una de las prestaciones y factores salariales que se me han de pagar con base en el mínimo. 2. Se me pague el subsidio de familia con base en el decreto 1794 de 2000 en su artículo 11. 3. Se me reconozca y pague la prima de actividad. 4. Se me expida certificación de salarios en el cual conste cuanto devengo mensualmente. 5. Se me expida constancia de tiempo dentro de la institución. 6. Se me expida última unidad de servicios. 7. Todos los documentos anteriores por separado cada uno de ellos y en copias simples. NOTIFICACIONES Para los efectos
- c) Que desde el mes de mayo de 2016 y hasta el mes de septiembre de 2022 contó con el reconocimiento del 20% por subsidio familiar (Fls. 31-60)

⁴⁶ «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones».

⁴⁷ «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».

archivo 024 expediente electrónico 0
004_ED_024RESPUESTAREQUERIM SAMAI)

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.

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*»⁴⁸, 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*»⁴⁹, 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

⁴⁸ T-587 de 2006.

⁴⁹ Ibidem.

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 comandantes⁵⁰.

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.

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

⁵⁰ 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.

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 prestacionales 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 en lo que respecta al reajuste salarial teniendo en cuenta que, el supuesto fáctico de la presente acción indica que el actor ingresó con posterioridad a la

expedición del Decreto 1793 de 2000, es decir, que en ningún momento prestó sus servicios como soldado voluntario y que considera la parte actora que la entidad accionada discrimina y vulnera sus derechos, por cuanto la diferencia salarial entre un grupo de soldados y otro no es justificada, dado que el desempeño de las funciones y obligaciones son iguales para los dos grupos.

Considera el Despacho que, en principio, es cierto que en la actualidad los dos grupos de soldados ostentan la calidad de Soldados Profesionales y desempeñan las mismas funciones y obligaciones. No obstante, existe una diferencia en consideración a la fecha de vinculación al Ejército Nacional, por cuanto un grupo se vinculó con anterioridad al 31 de diciembre del 2000, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985 reglamentada por el Decreto 370 de 1991; y el otro, se vinculó con posterioridad a la mencionada fecha y en vigencia del Decreto 1794 del 2000, por lo cual debe concluirse que la entidad accionada solo se somete al mandato legal.

Observándose además que, si bien el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares expedido por el Decreto 1794 del 2000, unificó en su artículo 1º lo referente a las asignaciones mensuales de los soldados profesionales, realizó la distinción entre quienes se vincularon con anterioridad y posterioridad al 31 de diciembre del año 2000, sin que se observe vulneración alguna, pues el derecho y principio a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso se reitera, que si bien ambos grupos de soldados ejercen las mismas funciones y obligaciones, ingresaron a la entidad bajo distintas condiciones y normativas.

Temática que fue desarrollada por la H. Corte Constitucional en sentencia T- 549 del 2000 así:

“La igualdad, es un principio y a la vez un derecho fundamental, que encuentra sustento en la esencial dignidad del ser humano. El derecho a la igualdad señalado en el artículo 13 de la C.P. se caracteriza porque el objeto de este principio es la protección de las personas, que no es otra cosa que el de construir un ordenamiento jurídico que otorgue a todas las personas idéntico trato, sin que haya lugar a discriminación alguna, sin ignorar factores de diversidad que en ocasiones exigen del poder público y aún de las relaciones entre particulares, de una particular previsión o de la práctica de comportamientos que no generen diferencias materiales, económicas, sociales, étnicas, culturales y políticas, tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo formal se favorezcan condiciones de desigualdad real. Esta Corte ha precisado también, que, para ser

objetivas y justas, las reglas de igualdad ante la ley no pueden desconocer, en sus determinaciones factores especiales de diferenciación, como quiera que ciertas reglas conforman segmentos normativos especiales para situaciones y fenómenos divergentes.”⁵¹

Es evidente entonces que la Corte Constitucional si bien protege el derecho a la igualdad, no desconoce que las reglas de igualdad ante la ley no pueden desconocer en sus determinaciones factores especiales de diferenciación, como en el evento en examen, que se hace un reconocimiento salarial mayor a la antigüedad de los soldados que ya estaban vinculados y que durante muchos años habían prestado sus servicios en condiciones salariales inferiores a los futuros vinculados.

Así las cosas, no puede pretender el actor beneficiarse de una normatividad cuyos destinatarios ostentan diferentes condiciones. Situación que permite colegir que contrario a lo manifestado por éste, lo que se estructura es una normativa completa, diferente y suficiente, que regula situaciones distintas, pues en el inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 se hace referencia únicamente los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares quienes devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%); y en el inciso segundo a quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985, quienes devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

Posición que es igualmente corroborada por la sentencia de unificación **SUJ-015-CE-S2-2019** proferida el 25 de abril de 2019 por el H. Consejo de Estado, C.P Dr. William Hernández Gómez, en la cual se precisa igualmente que *“la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales”*, presupuestos que se dan en el presente caso.

Ahora bien, en lo que al subsidio familiar se refiere, de acuerdo con lo expuesto por la entidad demandada en el oficio 20183112402901 – MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de 7 de diciembre de 2018 (fls. 18-19 Archivo 001 expediente electrónico o 023_ED_001DEMANDA SAMAI) al accionante se le efectuó el reconocimiento del subsidio familiar a través de la Orden Administrativa de Personal N° 1467 de 25 de abril de 2016 y con novedad

⁵¹ T-549 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

fiscal de 4 de febrero de 2016 le fue reconocido el 20% del subsidio familiar por su matrimonio con la señora Lorena Eligia Madera Quintero.

Debe señalarse que si bien el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 resulta aplicable a los Soldados e Infantes de marina vinculados hasta antes del 1º de julio de 2014 que permanezcan en servicio activo, también lo es que no solo influye la fecha de su vinculación como soldado profesional, pues en este grupo solo se incluyen aquellos que hayan adquirido válidamente el derecho a beneficiarse se esta prestación, aspecto que en los términos de dicha norma implica i) ser soldado profesional casado o con unión marital de hecho vigente y ii) “reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente”.

Conforme al material probatorio allegado, aunque se tiene acreditada la existencia del matrimonio del accionante, pues así fue reconocido por la entidad, no se advierte que esta situación haya sido puesta en conocimiento mediante una solicitud formal por parte del interesado en fecha previa al 1º de julio de 2014, fecha en la que perdió vigencia la norma pretendida.

Finalmente, en lo que respecta a la solicitud de mejor proveer, por una parte *la misma no puede suplir la mínima actividad probatoria que corresponde a la parte en apoyo a sus pretensiones* y por otra, tratándose de una facultad oficiosa del Despacho, la misma no procede a solicitud de parte sino en el evento en que el Juez considere que se requieran pruebas adicionales a las recaudadas para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda, lo que no se considera tenga lugar en el presente asunto.

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 2018⁵², de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia citada, encuentra

⁵² “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

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 **FERLEY TIBERIO RODRIGUEZ MONCADA** 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

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: **4b0e1e9197f4f7e3f7755627fe49c1e6fa3d1b2525ff194865c0887703b0153d**

Documento generado en 13/02/2024 08:03:01 AM

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