



**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., dieciocho (18) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	RUBÉN DARÍO YATE LIZCANO ¹
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL ²
Radicación:	11001-33-35-016-2020-00287-00
Asunto:	SENTENCIA ANTICIPADA PRIMERA INSTANCIA
Tema:	20% SOLDADO PROFESIONAL Y PRIMA DE ACTIVIDAD

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 **RUBÉN DARÍO YATE LIZCANO**, 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 que previa aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, se inapliquen los actos administrativos demandados y en su lugar se tenga en cuenta lo dispuesto en los artículos 13, 25, 53, y 209 de la Constitución Política de 1991, así como la excepción de convencionalidad y se dé cumplimiento a los artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹ notificaciones@wyplawyers.com; yacksonabogado@outlook.com; info@wyplawyers.com
² nataliaco609@hotmail.com; beatriz.camargoosorio@buzonejercito.mil.co; notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co; ngclavijo@procuraduria.gov.co; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co
³ Fl. 2 del archivo N° 002 del expediente digital.

Como consecuencia de lo anterior, que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la respuesta del 17 de julio de 2020 a la petición realizada el 1° de julio de 2020 radicada bajo el N° 448032, mediante el cual la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad y del subsidio familiar.

Asimismo, que se condene a la demandada que reconozca que la parte demandante ha realizado las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario y 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 y del subsidio familiar.

De la misma forma, que se condene a la entidad demandada a que reconozca y pague a favor del demandante la diferencia salarial del 20% dejada de percibir, por el no pago, a título de salario básico mensual o asignación salarial mensual, conforme Ley 131 de 1985 y el decreto 1794 de 2000; de la prima de actividad, de acuerdo a las normas vigentes y del subsidio de familia, con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Que la prima de actividad sea pagada y liquidada de acuerdo a los porcentajes establecidos para Oficiales y Suboficiales, según las normas vigentes. Teniendo en cuenta lo anterior, que se ordene la reliquidación de todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, así como los que no lo son, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%.

Que se condene a la entidad demandada a realizar el pago desde el año en que el demandante ingresó al Ejército Nacional, hasta que se dé cumplimiento a la sentencia, con la inclusión de los intereses y el IPC.

Finalmente, que se condene a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A y al pago de las agencias en derecho, costas procesales y gastos procesales que se causen.

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

- Que es soldado profesional incorporado al régimen de carrera y estatuto del Decreto 1793 de 2000 sin haber sido soldado voluntario.
- Que tiene las mismas funciones que las de los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales.

⁴ Fls. 1-2 del archivo N° 002 del expediente digital.

- 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.
- Que en ese orden de ideas se encuentra en situación de discriminación salarial frente a quienes se vincularon como soldados voluntarios.
- Que además de ello tiene derecho a que le reajusten el subsidio de familia en mejores condiciones que las actuales.
- El 14 de septiembre de 2018 radicó derecho de petición N° VPJE414QYE en el que solicitó el reconocimiento de la diferencia salarial del 20%, el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el reajuste del subsidio familiar.
- En lo que respecta a la solicitud del reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y la prima de actividad la entidad guardó silencio configurando sobre este punto un acto presunto.
- Y en lo que respeta al reajuste del subsidio familiar mediante oficio la entidad accionada indicó que no era viable jurídicamente bajo los parámetros del Decreto 1794 de 2000.

2.3. Normas violadas y concepto de violación⁵: 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 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*.

En síntesis, sostiene 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 7 de octubre de 2020 (archivo N° 001 del expediente digital); a través de auto del 30 de octubre de 2020 se inadmitió la demanda para que fuera corregida en los defectos anotados por el despacho (archivo N° 004 del expediente digital); una vez subsanada (archivo N°

⁵ Fls. 2-15 del archivo N° 002 del expediente digital.

005 del expediente digital); mediante providencia del 1° de febrero de 2021 se admitió la demanda de la referencia (archivo N° 007 del expediente digital); a través de auto de la misma fecha se corrió traslado de la medida cautelar solicitada por la parte actora (archivo N° 008 del expediente digital); el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición frente al numeral 2° del auto admisorio en lo atinente al cobro de gastos procesales para la realización de la notificación de la demanda (archivo N° 010 del expediente digital) y el despacho lo resolvió de manera favorable, a través de providencia del 15 de octubre de 2021 (archivo N° 012 del expediente digital); asimismo, el 16 de junio de 2022 fueron notificadas mediante correo electrónico la entidad demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el auto de traslado de la medida cautelar interpuesta por el demandante (archivo N° 014 del expediente digital).

En el término de traslado de la demanda, la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** allegó escrito de oposición a la medida cautelar solicitada por el demandante (archivo N° 016 del expediente digital), sin embargo, no presentó contestación de la demanda (archivo N° 021 del expediente digital).

Mediante auto de 27 de septiembre de 2022 se resolvió de manera negativa la medida cautelar solicitada por la parte actora (archivo N° 020 del expediente digital), sin que contra dicha decisión se ejercieran recursos (archivo N° 021 del expediente digital).

Posteriormente, mediante informe secretarial que reposa en el archivo N° 021 del expediente digital se indicó que la entidad demandada no contestó la demanda y por lo tanto no presentó excepciones, razón por la cual no fue necesario fijarlas, disponiéndose la continuación del proceso.

A través de auto del 13 de febrero de 2023 fue solicitado el expediente administrativo de la parte demandante (archivo N° 022 del expediente digital), solicitud que fue reiterada mediante providencia del 4 de julio de 2023 (archivo N° 026 del expediente digital); una vez fue aportado el expediente (archivo N° 028 del expediente digital), a través de auto del 26 de septiembre de 2023 se puso en conocimiento de la parte demandante la prueba citada (archivo N° 030 del expediente digital), sin que la parte actora emitiera pronunciamiento al respecto (archivo N° 032 del expediente digital).

Finalmente, a través de auto del 30 de octubre de 2023, el Juzgado, en atención a lo dispuesto en la parte final del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el

artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, fijó litigio, se pronunció sobre las pruebas y dispuso correr traslado para alegar a las partes por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada y al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se les concedió el mismo termino para que presentaran concepto e intervención si lo estimaban pertinente (archivo N° 033 del archivo digital). Las partes presentaron sus alegatos de conclusión en tiempo, como se observa en los archivos N° 031 y 034 del expediente digital.

2.5. SINOPSIS DE LA RESPUESTA.

2.5.1. Contestación de la demanda por parte de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL. La entidad no contestó la demanda (archivo N° 021 del expediente digital).

2.6. Alegatos de conclusión escritos.

2.6.1 Alegatos de conclusión de la parte demandante: Presentó sus alegatos de conclusión mediante memorial visible en el archivo N° 031 del expediente digital, en los que reiteró los argumentos expuestos en la demanda y por lo tanto solicitó que se acceda a las pretensiones de la misma.

2.6.2. Alegatos de conclusión de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL. Mediante escrito que reposa en el archivo N° 034 del expediente digital, la entidad presentó sus alegatos de conclusión, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones formuladas, teniendo en cuenta que para el efecto indicó que el accionante nunca fue soldado voluntario, que la solicitud desconoce que en la actualidad no existe la figura del soldado voluntario por lo que su situación no se encuadra dentro de los requisitos del artículo 1° inciso 2 del Decreto 1794 de 2000 y al respecto, indicó que mediante sentencia de fecha 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado, unificó la jurisprudencia, en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación de la Ley 131 de 1985, fueron incorporados como profesionales, en el entendido de que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengarán un salario mínimo legal incrementado en un 60%, sin embargo, para el personal que se vinculó en vigencia del Decreto 1794 de 2000 la sentencia de unificación SUJ-015-S2 de fecha 25 de abril de 2019, estableció que la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, como

ocurre en el caso del demandante, por lo tanto no se puede acceder a esta pretensión.

En lo que respecta a la prima de actividad, indicó que el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, precisó que no se estableció la prima de actividad para los soldados profesionales, como si se hizo para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, así como también para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional. Así las cosas, el marco legal y jurisprudencial que regula el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, no contempla la prima de actividad pretendida por el demandante y por lo tanto no es viable esta pretensión.

2.6.3. Concepto del Ministerio Público e intervención de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Las entidades se abstuvieron de presentar concepto e intervención en el presente asunto.

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 si previa aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, se inapliquen los actos administrativos demandados y en su lugar se tenga en cuenta lo dispuesto en los artículos 13, 25, 53, y 209 de la Constitución Política de 1991, así como la excepción de convencionalidad y se dé cumplimiento a los artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como consecuencia de lo anterior, se debe establecer si es procedente declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la respuesta del **17 de julio de 2020** a la petición realizada el **1º de julio de 2020** radicada bajo el N° **448032**, mediante el cual la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad y del subsidio familiar.

Asimismo, si se debe condenar a la demandada que reconozca que la parte demandante ha realizado las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario y 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 y del subsidio familiar.

De la misma forma, si se debe condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague a favor del demandante la diferencia salarial del 20% dejada de percibir, por el no pago, a título de salario básico mensual o asignación salarial mensual, conforme Ley 131 de 1985 y el decreto 1794 de 2000; de la prima de actividad, de acuerdo a las normas vigentes y del subsidio de familia, con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Que la prima de actividad sea pagada y liquidada de acuerdo a los porcentajes establecidos para Oficiales y Suboficiales, según las normas vigentes. Teniendo en cuenta lo anterior, que se ordene la reliquidación de todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, así como los que no lo son, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%.

Que se condene a la entidad demandada a realizar el pago desde el año en que el demandante ingresó al Ejército Nacional, hasta que se dé cumplimiento a la sentencia, con la inclusión de los intereses y el IPC.

Finalmente, que se condene a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A y al pago de las agencias en derecho, costas procesales y gastos procesales que se causen.

Así las cosas, se abordará el estudio de las pretensiones y para ello se plantea el siguiente orden conceptual: **i)** Régimen salarial aplicable a los soldados profesionales – subsidio familiar, **ii)** Excepción de inconstitucionalidad, **iii)** Naturaleza jurídica de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales en servicio activo y **iv)** caso concreto.

4. NORMATIVIDAD Y JURISIPUDENCIA APLICABLE

4.1. Del régimen salarial de los soldados profesionales – subsidio familiar.

El Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4º de 1992 expidió el **Decreto 1794 de 2000**, a través del cual se establece el “*régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de la Fuerzas Militares*”, y a partir del mismo se crea para dichos Soldados en servicio activo el subsidio familiar, el cual una vez reportado el cambio de estado civil se reconocerá en el porcentaje establecido en el artículo 11, así:

“ARTICULO 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.”
(Subrayado del Despacho)

Con posterioridad fue expedido el **Decreto 3770 de 2009** “*Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones*”, el cual derogó el mencionado artículo sobre el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales en servicio activo, así:

“ARTÍCULO 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárese que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.”

De manera que los soldados profesionales continuarían devengando el subsidio familiar durante el servicio activo, siempre y cuando estuvieran percibiéndolo antes de la entrada en vigencia del Decreto 3770 del 2009, es decir, antes del 25 de septiembre de ese año.

No obstante lo anterior, la citada normatividad fue declarada nula totalmente con efectos *ex tunc*, por el H. Consejo de Estado mediante sentencia del 08 de junio de 2017 C.P Dr. César Palomino Cortés⁶, por considerar la Sala que las disposiciones allí contenidas eran “*contrarias a los fines esencial del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulneran los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social; de raigambre*

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. 08 de junio de 2017. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10).

constitucional e introducidos por los tratados y pactos internacionales suscritos por Colombia, así como las previsiones establecidas en la Ley 4 de 1992”.

Así, al ser retirado del ordenamiento jurídico colombiano el Decreto 3770 de 2009 con efectos *ex tunc*, es decir desde que este nació a la vida jurídica, el Decreto 1794 de 2000 recobro su vigencia.

No obstante, a la fecha de declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009 (2017), el Gobierno Nacional había expedido el **Decreto 1161 de 2014**, “*Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales*”, que dispuso en su artículo 1º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º. *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 párrafo, 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”.

De la citada norma se colige que el Decreto 1161 de 2014 creó la partida denominada subsidio familiar a partir del 1º de julio de 2014, para quienes no la percibieran conforme a lo regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

Ahora bien, se tiene que el derecho a percibir la partida subsidio familiar, se constituye en el momento en que se contraen nupcias, se conforma unión marital de hecho, o al nacimiento de los hijos.

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sección Segunda, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, en Sentencia **SUJ-015-CE-S2-2019** de fecha veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), con número de radicación: 6800123330002013-00237-01 (1701-2016), concluyó que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente i) las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 y ii) todas aquellas partidas que el legislador o el Gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa. Precizando 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”*.

Precedente jurisprudencial que sirve como sustento para el presente caso, dado que en la mencionada providencia se aclara, que los soldados profesionales *“se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aporte sobre diferentes partidas”*⁷, frente a los Oficiales, Suboficiales y Agentes, sin que ello constituya una vulneración al derecho a la igualdad, contrario a lo que considera la parte actora.

En síntesis, la sentencia de unificación frente a este tema fue clara en establecer que *“para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal”*.

⁷ Consejo de Estado. Sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019. C.P. Dr. William Hernández Gómez.

4.2. De la excepción de inconstitucionalidad.

El artículo 4° 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.

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 concreto⁸. **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 Estado⁹ 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

⁸ 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 inexecutable 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)

⁹ Sentencia del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13).

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).

4.3. 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*»¹⁰. 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.

4.4. Del principio de igualdad.

El artículo 13¹¹ 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.

¹⁰ ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, Ed. Distribuciones Fontamara, México D.F., segunda edición, 1998, p. 12.

¹¹ «**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».

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. [...]»¹².

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³, 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 señalado¹⁴ 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 jurídico¹⁵.

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 facto¹⁶. 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 discriminatorias¹⁷. [...]

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”¹⁸. 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

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996, M.P.: Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

¹³ 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".

¹⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* párr. 55.

¹⁵ 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.

¹⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 15, párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 271.

¹⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 15, 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.

¹⁸ 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.

su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana¹⁹. [...]»²⁰ (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 igualdad²¹, 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.

4.5. Del principio de progresividad.

Conforme lo señaló la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019²², 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 26²³, 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.

¹⁹ Mutatis mutandi, Caso Apitz 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.

²⁰ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

²¹ 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.

²² Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19.

²³ 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 constitucional²⁴ 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.

4.6. 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 1971²⁵. 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 1983²⁶, 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.

²⁴ Al respecto ver las sentencias de la Corte Constitucional C-038 de 2004 y C-671 de 2002, entre otras.

²⁵ «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

²⁶ «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».

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 1989²⁷ 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 1977²⁸ (artículo 53), 2062 de 1984 (artículo 81) y 096 de 1989 (artículo 68).

Posteriormente, en el artículo 84²⁹ del Decreto 1211 de 1990³⁰ 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:

²⁷ «Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

²⁸ «Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional».

²⁹ «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%.

³⁰ «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

- *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.

5. Caso concreto.

Se encuentra probado dentro del expediente:

- a) El 1° de julio de 2020 el demandante presentó una petición en la solicitó el reconocimiento de la diferencia salarial del 20% amparado en el derecho a la igualdad, el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el pago del subsidio familiar con base en el Decreto 1794 de 2000 (fls. 16-20 del archivo N° 002 del expediente digital).
- b) Mediante **comunicación del 17 de julio de 2020**, la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**

dio respuesta negativa a la petición referente al 20% y subsidio familiar, indicándole que revisado el Sistema de Información para la Administración del Talento Humano (SIATH) de la entidad, se encontró que el demandante no fue incorporado como Soldado Voluntario sino como Soldado Profesional mediante la Orden Administrativa de Personal N° 1025 del 20 de marzo de 2002, no asistiéndole derecho a los valores salariales reconocidos a los Soldados Voluntarios contemplados en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Con relación a la solicitud, donde requieren el reconocimiento, e inclusión y cancelación del incremento de la prima de actividad del salario básico devengado, me permito comunicar que no es posible atender de manera favorable lo solicitado, ya que en virtud al Decreto 1794 de 2000 "por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", mencionada prima no es reconocida al personal de soldados profesionales.

Con relación a la solicitud de reconocimiento e inclusión del incremento de la prima de actividad del salario básico devengado, indicó que no era posible atenderla de manera favorable, dado que en virtud al Decreto 1794 de 2000, la mencionada prima no es reconocida al personal de soldados profesionales.

- c) Orden Administrativa de Personal N° 00125 del 20 de marzo de 2020, en la que se observa que el demandante fue dado de alta como Soldado Profesional a partir de esa fecha (fls. 3-5 del archivo N° 028 del expediente digital).
- d) Certificación expedida el 23 de agosto de 2023 por el Ejército Nacional en la que consta que el demandante prestó el servicio militar desde el 6 de julio de 2000 hasta el 29 de diciembre de 2001; luego pasó a desempeñarse como alumno soldado profesional desde el 8 de enero de 2002 hasta el 18 de febrero de 2002; posteriormente como Soldado Profesional desde el 19 de febrero de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2020 y finalmente, le fueron reconocidos los 3 meses de alta desde el 30 de noviembre de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021, para un total de 20 años, 7 meses y 14 días de servicio (fl. 6 del archivo N° 028 del expediente digital).

Sobre el **reajuste salarial del 20% adicional**, debe tenerse en cuenta que revisadas las pruebas allegadas y lo dicho por el mismo demandante, este 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 1° 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.”³¹

³¹ T-549 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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.

Así las cosas, al no haberse desempeñado el demandante como soldado voluntario, por cuanto según la certificación expedida el 22 de agosto de 2023 por el Ejército Nacional consta que este ingresó al servicio militar solo desde el **19 de febrero de 2002**, no lo hace acreedor a la mejora salarial que pretende, teniendo en cuenta que su inicio en la actividad militar se dio cuando ya se encontraba en vigencia el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 que estableció su asignación salarial en un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40%, en consecuencia, se niega esta pretensión.

En lo que respecta a la **prima de actividad**, es hecho aceptado por las partes que el demandante 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*»³², 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*»³³, 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 comandantes³⁴.

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,

³² T-587 de 2006.

³³ Ibidem.

³⁴ 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.

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 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 del demandante 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.

Por lo expuesto, se niega la presente pretensión.

Finalmente, en lo referente a la pretensiones referentes al reajuste 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, se advierte que dentro del expediente la parte actora, por una parte, no explicó en que consistía su inconformidad, pues no allegó prueba alguna respecto de cuando contrajo matrimonio, ni cuando nació su hijo o hijos y, si bien el apoderado del actor solicita aplicar la 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. Así las cosas, al no existir en el plenario las pruebas que permitan entrar a estudiar si el subsidio pretendido fue debidamente o no concedido por la demandada, se niega esta pretensión.

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, en consecuencia, el acto administrativo demandado conserva su validez al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

6. Costas y agencias en derecho

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁵, 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 a la parte demandante conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P.

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

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, 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.

³⁵ “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)

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

HJDG

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: **defcb7355ddc9e4e84d55714c578670caff77cf10df752f4cbba1a0ee14a3d25**
Documento generado en 18/01/2024 12:47:08 PM

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