



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SECRETARÍA

TRASLADO

DESPACHO DEL MG. DR. PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA

CATORCE (14) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

	RADICACIÓN No	PROCESO	PARTES	FECHA DE FIJACIÓN	FECHA DE DESFIJACIÓN	TRASLADO
1	8600133310012 0160044101 (10207)	Nulidad y restablecimiento del derecho	Demandante MAGALY JISLENA RODRIGUEZ NAVISÓY Demandado: ESE HOSPITAL JOSE MARIA HERNANDEZ.	15-FEB- 2023	17-FEB- 2023	DESISTIMIENTO (ART. 316 NUM. 4° CGP)
2	8600133310012 0200005501 (11240)	Nulidad y restablecimiento del derecho	Demandante GILMER MOLINA CASTAÑEDA Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.	15-FEB- 2023	17-FEB- 2023	SOLICITUD DE NULIDAD
3	8600133310012 0200006001 (11252)	Nulidad y restablecimiento del derecho	Demandante JORGE EDUARDO MANZANO CÓRDOBA	15-FEB- 2023	17-FEB- 2023	SOLICITUD DE NULIDAD

			Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.			
--	--	--	--	--	--	--

El presente TRASLADO se CORRE por el término de 3 días hábiles y se fija el día de hoy CATORCE (14) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) a partir de las 8:00 a.m., en la página web de la Secretaría del Tribunal, término que de conformidad con el Art. 110 del C.G.P, empieza a correr el día QUINCE (15) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023). Se **DESIJA** el día DIECISIETE (17) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) a las cinco de la tarde (5:00 p.m.).



OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

Fernando García Rojas
Abogado

Honorable Magistrado:
PAULO LEON ESPAÑA PANTOJA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
San Juan de Pasto
E. S. D.

Ref. Proceso Nulidad Restablecimiento No. 860013331001-2016-00441-01(10207)
Demandante: MAGALY JISLENA RODRIGUEZ MAVISOY
Demandado: HOSPITAL JOSE MARIA HERNANDEZ

FERNANDO GARCIA ROJAS, abogado en ejercicio, plenamente identificado en el plenario y en mi condición de Representante Judicial de la ESE Hospital José María Hernández de Mocoa, respetuosamente me dirijo a su despacho para manifestar que DESISTO del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida en primera instancia.

Lo anterior teniendo en cuenta que se cuenta con basto precedente jurisprudencial, de casos similares como el asunto de la referencia para proceder al cumplimiento de la sentencia, en aras de evitar se causen más costas y agencias en derecho.

Coadyuva la petición la apoderada de la parte demandante.

Del señor Magistrado,

Cordialmente,



FERNANDO GARCIA ROJAS
CC. 79.273.844 de Bogotá

T.P. 74.113 C S de la J



ANA JIMENA TAMAYO RAMIREZ
C.C. 36.286.470 de Pitalito (Huila)

TP 120281 del C S de la J

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA. Proceso: 2020-00060 Demandante: S.L.P JORGE EDUARDO MANZANO CORDOBA Demandado: EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN.

Wilmer Peña <yacksonabogado@gmail.com>

Vie 3/12/2021 7:04 AM

Para: Juzgado 01 Administrativo - Putumayo - Mocoa <j01admmoc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: ceaju@buzonejercito.mil.co <ceaju@buzonejercito.mil.co>; sac@buzonejercito.mil.co <sac@buzonejercito.mil.co>

Señor

JUEZ 01 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MOCOA

E. S. D.

Demandante: S.L.P **JORGE EDUARDO MANZANO CORDOBA**

Demandado: **EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN.**

Ref. **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Proceso: **2020-00060**

Asunto: **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA.**

WILMER YACKSON PEÑA SÁNCHEZ, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.099.342.720 de Jesús María Santander, y con Tarjeta Profesional número 272.734 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado del señor **JORGE EDUARDO MANZANO CORDOBA**, identificado con cédula de Ciudadanía 10.308.664 de Popayán, me permito de forma respetuosa presentar ante su despacho, **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL RESUELVE SEGUNDO Y TERCERO DE LA SENTENCIA ADICIONADA, ADICIONADOS POR LA SENTENCIA ADITIVA**, proferida por usted, a fin de solicitar la revocatoria completa de dicha sentencia, de acuerdo a lo siguiente:



Libre de virus. www.avast.com

Señor

JUEZ 01 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MOCOA

E. S. D.

Demandante: S.L.P **JORGE EDUARDO MANZANO CORDOBA**

Demandado: **EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN.**

Ref. **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Proceso: **2020-00060**

Asunto: **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA.**

WILMER YACKSON PEÑA SÁNCHEZ, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.099.342.720 de Jesús María Santander, y con Tarjeta Profesional número 272.734 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado del señor **JORGE EDUARDO MANZANO CORDOBA**, identificado con cédula de Ciudadanía 10.308.664 de Popayán, me permito de forma respetuosa presentar ante su despacho, **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL RESUELVE SEGUNDO Y TERCERO DE LA SENTENCIA ADICIONADA, ADICIONADOS POR LA SENTENCIA ADITIVA**, proferida por usted, a fin de solicitar la revocatoria completa de dicha sentencia, de acuerdo a lo siguiente:

I. EXORDIO

Somos una república organizada bajo un sistema democrático, sistema que su fundamenta en el respeto de las opciones y opiniones de los demás, y que exige que, en caso de desavenencia, dicha sea resueltas por la vía del dialogo. La posibilidad de disentir de la argumentación que se establece en de las decisiones judiciales, es un derecho, garantizado por el acceso a una segunda instancia, obviamente fundamentado en argumentos racionales y razonables.

Sobre esas consideraciones es que presento este recurso, nuestro respeto por el Despacho y así como por el Señor Juez y su equipo de trabajo, no se ven alterados en nada, por el contrario, ruego que, si en este escrito existe alguna expresión desobligante para el Despacho, sea tenida como no presentada y ruego la caridad de quien la recibe me excuse.

No compartimos ni la decisión, ni la motivación de la misma, ni algunas actuaciones del Despacho, omisivas, y por eso la presentamos ante el Honorable Tribunal, para quien sea el quien juzgue de acuerdo a su recto entender y proceder.

Igualmente ruego, excusas para quien debe leer este escrito, las imprecisiones en materia de redacción, debido a la “desobligante” extensión del mismo, y la premura del tiempo, no fue posible hacer un análisis de estilo como lo amerita la dignidad de los destinatarios.

Para efectos metodológicos me permito respetuosamente presentar la siguiente tabla de contenido.

Contenido

Proceso: 2020-00060	1
I. EXORDIO	1
II. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA Y SOLICITUD DE NULIDAD PARCIAL DE LA SENTENCIA.	3
1. OMISIONES CON RELACIÓN A LOS “ASUNTOS” DE TIPO JURÍDICO PLANTEADOS EN LA DEMANDA.	4

1.1.	EN LO RELACIONADO CON EL 20%.....	4
1.2.	EN LO RELACIONADO CON EL RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD.	5
1.3.	MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN, FRENTE A LA IGUALDAD SALARIAL DEL 20% Y PRIMA DE ACTIVIDAD	6
1.4.	EN LO RELACIONADO CON EL SUBSIDIO DE FAMILIA	8
1.5.	NO SE ARGUMENTÓ SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE NEGÓ EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL REAJUSTE DEL SUBSIDIO DE FAMILIA.	9
1.6.	NO RESOLVIÓ LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS.....	9
2.	PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EXTERNA DE LA SENTENCIA.	10
2.1.	FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES.....	10
2.2.	MODALIDADES DE INCONGRUENCIA.....	12
3.	PRETENSIÓN DE EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD O EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN ARAS DE QUE SE INAPLIQUE EL ARTÍCULO 287 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, Y EN SU LUGAR SE APLIQUE EL ARTÍCULO 55 LA LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y DOBLE INSTANCIA.....	13
4.	PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA ANTERIOR.....	13
III.	MOTIVOS DE DISENSO FRENTE A LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO ...	14
1.	CON RELACIÓN AL RECONOCIMIENTO DEL REAJUSTE DEL 20% SALARIAL.....	14
1.1.	SENTENCIA RECURRIDA.....	14
1.2.	CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA	20
1.3.	CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA	22
1.4.	CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA	24
1.5.	CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA	26
1.6.	CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA.....	27
1.7.	CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA.	29
1.8.	CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	29
1.9.	CARGO OCTAVO CONTRA LA SENTENCIA.....	31
1.10.	CARGO NOVENO CONTRA LA SENTENCIA.....	33
1.11.	CARGO DÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	34
1.12.	CARGO UNDÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	35
1.13.	CARGO DUODÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA	37
1.14.	CARGO DÉCIMO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA.....	40
2.	CON RELACIÓN A LA PRIMA DE ACTIVIDAD	41
2.1.	SENTENCIA RECURRIDA.....	41
2.2.	CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA	44
2.3.	CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA.	45

2.4.	CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA	48
2.5.	CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA.	50
2.6.	CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA.....	51
2.7.	CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA.....	54
2.8.	CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA	55
3.	CON RELACIÓN AL SUBSIDIO DE FAMILIA	55
3.1.	Sentencia Recurrída.....	55
3.2.	CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA	57
3.3.	CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA	66
3.4.	CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA	67
3.6.	CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA	83
3.7.	CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA.....	84
3.	PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	85

II. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA Y SOLICITUD DE NULIDAD PARCIAL DE LA SENTENCIA.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que está por encima de la Ley 1437 de 2011, en jerarquía normativa, dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 55. ELABORACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS JUDICIALES DEBERÁN REFERIRSE A TODOS LOS HECHOS y ASUNTOS planteados en el proceso por los sujetos procesales.”

La razón de ser de dicha norma estatutaria esta para garantizar los demás principios constitucionales del derecho procesal, específicamente, la garantía de los principios de transparencia, acceso a la administración de justicia, doble instancia y tutela judicial efectiva, en cuanto las partes e intervinientes en el proceso deben ver debidamente motivadas y resueltas todas las situaciones que plantean y todas las causales de nulidad que invocan.

Dicho artículo 55 comporta una doble naturaleza jurídica, de un lado, se estable un derecho estatutario para el usuario de la administración de justicia, contentivo de una garantía de que sus manifestaciones, tanto de tipo factico, como de tipo jurídico sean resueltas en su totalidad; de otro lado, comporta una obligación del Juez de la causa, consistente en pronunciarse de fondo, de forma oportuna, concisa y concreta, sobre todas y cada una de las peticiones que el usuario eleva en la demanda, o en la contestación de la misma.

Teniendo como premisa lo anterior, es importante, colocar en contexto del H. Tribunal, que dicha obligación, dentro de este expediente no fue cumplida por parte del Despacho, generando a su vez una violación de los derechos fundamentales de quien aquí represento.

Para efectos de demostrar la afirmación relacionada con las omisiones del Despacho, respetuosamente le presentamos, al H. Tribunal, los siguientes tópicos que fueron planteados en la demanda y que el Despacho no realizó pronunciamiento alguno sobre ellos:

1. OMISIONES CON RELACIÓN A LOS “ASUNTOS” DE TIPO JURÍDICO PLANTEADOS EN LA DEMANDA.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho tiene como característica que la parte demandante debe enmarcar el ataque de la nulidad del acto administrativo en las causales legalmente establecidas para sancionar la ilegalidad del acto administrativo. El artículo 162 numeral 4. Establece unos requisitos de la demanda, señala que: “Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación¹”

Esto es una obligación para el abogado que presente la demanda de nulidad, indicar cuales normas nos violadas por el acto administrativo, y las razones del porqué de la violación. Pero dicha obligación, no comporta una actividad de decoro de la demanda, sino que, a su vez, comporta una obligación para el fallador, de referirse a cada cargo de nulidad, para descartar la ilegalidad del acto administrativo, o en su lugar para declarar la ilegalidad denunciada.

Así mismo, la parte demandada, en aras de defender la legalidad del acto administrativo, puede presentar una argumentación jurídica de defensa, que de ser así el fallador deberá también analizar. En el presente caso, tanto en la demanda, como en la contestación de la demanda, se presentaron sendos análisis jurídicos, de un lado para desvirtuar la presunción de legalidad del acto, y del otro para defenderla, respectivamente, pero el *a quo* no se pronunció sobre la totalidad de ellos, como lo vamos a explicar a continuación:

1.1. EN LO RELACIONADO CON EL 20%

En la demanda se le dijo al Despacho que declara la nulidad de los actos administrativos demandando o en su defecto las excepciones de in inconstitucionalidad o de convencionalidad, porque se considera que dichos actos administrativos son contrarios al ordenamiento, y se le expuso unos cargos de violación donde se le dijo:

aa. ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ART 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD DE TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL. REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

Hay sentencia de unificación del tema “trabajo igual, salario igual” y no fue analizado con exhaustividad esta situación en la demanda, el despacho debió manifestar si se cumplen o no con las condiciones de la sentencia de unificación de este tema, y en caso de ser cumplidas, debió manifestar la motivación por la cual se aparta de la sentencia de unificación.

Es importante que el Despacho tenga claro que lo que le pedimos que adicione es la argumentación que tiene el deber constitucional de presentar cuando se aparta de una sentencia de unificación de la Honorable Corte Constitucional, en este caso la **Sentencia SU-519/97**.

Como parte demandante no sabemos si el Despacho no encontró probadas las hipótesis fácticas que se establecen es tal sentencia, o si, en caso de estar probadas decidió apartarse

¹ Énfasis propio.

de ellas. Situación que nos cercena el derecho fundamental a la doble instancia, pues materialmente no podemos apelar tal argumentación.

Tampoco dijo nada, de la realidad sobre las formas en materia laboral. La formalidad de la fecha de vinculación que el Despacho toma como criterio objetivo, no fue analizada con relación a la primacía de la realidad sobre la formalidad como un derecho del demandante. No hay una justificación relacionada a determinar como la fecha de vinculación del demandante justifica la ruptura de la realidad de las condiciones laborales que vive en la institución. Esto fue pedido en la demanda, pero el Despacho no hace la menor consideración en la sentencia. Punto que queda sin resolver. Máxime si se tiene en cuenta que se le colocó de presente una discriminación sistemática que viven los soldados con relación al tema de los derechos laborales, expuesta en el primer acápite del concepto de violación.

bb. ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, ART 209 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA- Y DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN LAS FUERZAS MILITARES PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES

Se desconoce cuál fue la justificación que el Despacho encontró para aceptar la desigualdad salarial que vive mi poderdante, como servidor público de carrera administrativa, a la luz de los principios de constitucionales de la carrera administrativa. No se conoce la argumentación del despacho que justifique que dos miembros de la misma carrera administrativa, ambos vinculados después de su entrada en vigencia, con mismo mérito, haciendo mismas funciones deben soportar un salario desigual a la luz del principio de igualdad de oportunidades. Totalmente desconocido, a pesar de que fue pedido en la demanda.

Reiteramos, no le exigimos al despacho que acoja lo que se le plantea en la demanda, lo que le rogamos es que nos resuelva todos y cada uno de los puntos que se le plantearon en la demanda, como cargos de nulidad y de las pretensiones subsidiarias.

1.2. EN LO RELACIONADO CON EL RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD.

En el concepto de violación, amparados en la causal invocada, se le dijo respetuosamente al despacho que:

- a. **ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ART 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD EN QUE OFICIALES, SUBOFICIALES Y SOLDADOS, TIENE LA MISMA CONDICIÓN DE IGUALDAD, EN LO QUE TIENE QUE VER CON SER MIEMBROS DE LA FUERZAS ARMADAS DE COLOMBIA, NO EN LA JERARQUÍA DE MANDO.**

Allí se le dijo que el acto administrativo que negó la prima de actividad era nulo, o en su defecto susceptible de excepción de inconstitucionalidad o de convencionalidad, ya que no tiene en cuenta

“Los oficiales y suboficiales tienen la misma categoría jurídica, es decir, son iguales, con los soldados profesionales, bajo el criterio de que son miembros de las Fuerzas Militares. Es de aclarar, que no se afirma que sean iguales, en las obligaciones y rango en la carrera. Lo que se está diciendo, es que son iguales, únicamente y solamente, en la medida en que los dos grupos, hacen parte de las Fuerzas Militares. Razón de ello, son los juicios de igualdad que ha podido realizar el Honorable Consejo de Estado, y que han sido, algunos, citados.

Los dos grupos, GRUPO 1. oficiales y suboficiales; GRUPO 2: los soldados profesionales, son iguales, frente al supuesto de hecho de la norma que consagra la prima de actividad.”

Se le dijo que debido a la **ESTRUCTURA ANALÍTICA-CONCEPTUAL DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD** y teniendo como parámetro la **ESTRUCTURA ANALÍTICA DE LAS NORMAS QUE CONSAGRAN LA PRIMA DE ACTIVIDAD, NO EXISTE UN CRITERIO OBJETIVO PARA LA NO INCLUSIÓN DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD PARA EL SOLDADO PROFESIONAL.**

Ningún análisis se presenta en la sentencia proferida por el Despacho de estas afirmaciones, dejando al demandante en una especie de limbo argumentativo.

Este punto no fue resuelto con profundidad por el Despacho. En la demanda se le dijo que **“OFICIALES, SUBOFICIALES Y SOLDADOS, TIENE LA MISMA CONDICIÓN DE IGUALDAD, EN LO QUE TIENE QUE VER CON SER MIEMBROS DE LA FUERZAS ARMADAS DE COLOMBIA, NO EN LA JERARQUÍA DE MANDO”** es decir que la igualdad que le pedimos que declarara no era en lo que tiene que ver con las funciones, pues con antelación y claridad en la demanda se le dijo que eso no era lo que se le pedía al Despacho. A pesar de eso, el Despacho optó por decir que el demandante no tiene derecho a la prima de igualdad porque no tiene la misma formación y funciones de los oficiales y suboficiales, cosa que es verdad, pero no resolvió de fondo lo que se le rogó, pues lo que resolvió no fue lo pedido en la demanda.

Nosotros en la demanda, en la perfilación del cargo de nulidad, excluimos la violación del principio de igualdad en modalidad “salario igual, trabajo igual” para la prima de actividad. Entre otras cosas por que la prima de actividad no es un salario. Allí le dijimos que eran otros los argumentos por los cuales rogábamos esa igualdad, y como se puede ver en la sentencia el Despacho falló considerando que no se puede aplicar el principio de igualdad en modalidad “salario igual, trabajo igual” para la prima de actividad, sin explicar porque rechazó lo que realmente se le pidió.

No dijo porque se negaba a aceptar la comparación como fue propuesta en la demanda, no dijo porque razón se apartaba de los múltiples precedentes judiciales del consejo de Estado donde se compara a oficiales, suboficiales con soldados profesionales, estando de por medio reconocimiento de igualdad prestacional o social, todo esto quedó en absoluto silencio, imposibilitando así el conocimiento de la motivación judicial.

Como punto en común de la prima y el 20%, se le dijo al Despacho que la negativa de dicho reconocimiento era violatoria del derecho fundamental de la no Discriminación, así:

1.3. MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN, FRENTE A LA IGUALDAD SALARIAL DEL 20% Y PRIMA DE ACTIVIDAD

Igualmente, en la demanda se le dijo al Despacho:

aa. ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ART 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACION

Nuestra H. Corte Constitucional, cantidad de veces ha dicho que la probanza de los criterios objetivos que justifiquen el trato desigual está en cabeza de la parte acusada de la desigualdad, y si esta no los prueba se debe tener por cierta la desigualdad, así se tiene que:

En la Sentencia T-230/94:

(...) si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato”

Así mismo, H. Corte Constitucional, dijo en la Sentencia T-335/00 algo que fue ratificado después en la sentencia T-079/95, y fue:

“[e]l afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación”

En una sentencia más reciente -Sentencia T-247 de 2010- dice, con absoluta claridad y siguiente la interrumpida tendencia, lo siguiente:

“EN LOS EVENTOS DE PRESUNTA DISCRIMINACIÓN RESULTARÍA INEQUITATIVO Y CONTRARIO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE LA CARGA PROBATORIA RECAYERA EXCLUSIVAMENTE SOBRE LA PERSONA QUE ALEGA SER VÍCTIMA DE DICHA DISCRIMINACIÓN, *por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realiza la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se indicó, **COLOCAN UNA CARGA PROBATORIA ESPECIAL EN EL ACUSADO, PUES ESTARÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR QUE SU CONDUCTA ES CLARAMENTE GARANTISTA DEL DERECHO DE IGUALDAD** y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.²*

En la sentencia T- 863 de 2011, la Corte fue más clara y su análisis fue más profundo, pues aseveró con total claridad, que la carga de la prueba la tiene quien es acusado del trato discriminatorio, *ipso iure*, si no, además, la consecuencia jurídica del incumplimiento de la carga probatoria por el demandado, dijo literalmente:

*“Todo lo cual quiere decir que, entonces, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, y eso puede hacerlo por ejemplo por medio de indicios. Si lo hace, ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar de manera aceptable que el acto no fue discriminatorio. **Y SI LA PARTE***

² Énfasis propio.

ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN. Pues ese es, en efecto, el modo más equitativo de resolver problemas de discriminación, en los cuales suelen existir dificultades probatorias relevantes”³

En este proceso brilla por su ausencia la argumentación que el Despacho debió hacer con relación a la probanza de la discriminación. Aquí no se sabe, que fue lo que probó la entidad demandada como criterios objetivos, y cuales fueron, y tienen la suficiente fuerza para que sea justificada la desigualdad; tampoco, argumentó que no se probó. No existe una argumentación que logre dar certeza absoluta de la actividad probatoria de la entidad demandada, tanto para decir que probó como para decir, que no probó.

Se le puso de presente, y se le demostró, que la entidad demandada tiene una tendencia de discriminación sistemática contra los soldados con relación al tema de los derechos laborales, expuesta en el primer acápite del concepto de violación, que también paso desapercibida por el Despacho.

1.4. EN LO RELACIONADO CON EL SUBSIDIO DE FAMILIA

Se le presentaron básicamente tres cargos al Despacho en la demanda, debiendo el Despacho, o acceder a ellos, o rechazarlos de forma motivada, presentado la argumentación suficiente porque cada uno de ellos no esta llamado a prosperar. El Despacho en la sentencia, argumentó sobre el segundo, pero no lo hizo sobre el primero y tercero, razón por la cual se le pide su adición a la presente sentencia. Dichos cargos son:

Primero. Uno relacionado con la simple nulidad frente al artículo 11 de decreto 1794 de 200: **“ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL ART 11 decreto 1794 de 2000, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO”.**

Segundo. Otro relacionado con el principio de favorabilidad laboral: **“ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL ART 53 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO EN LA MODALIDAD SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO.”**

Tercero. Otro relacionado con el Derecho fundamental a la igualdad: **“ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ART 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO EN LA MODALIDAD EN QUE NO REALIZÓ EL JUICIO DE IGUALDAD, DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES QUE TIENE EL SUBSIDIO DE FAMILIA, CON BASE EN EL DECRETO 1794 DE 2000, FRENTE A LOS SOLDADOS PROFESIONALES QUE TIENE EL SUBSIDIO DE FAMILIA DEL DECRETO 1161 DE 2014.”**

Por ejemplo, no hay la realización de un test de igualdad que permita concluir, que a pesar de que otros soldados en las mismas condiciones fácticas de mi poderdante, reciben un subsidio superior al del demandante, esta situación no es violatoria del derecho fundamental a la igualdad.

³ Énfasis propio.

1.5. NO SE ARGUMENTÓ SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE NEGÓ EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL REAJUSTE DEL SUBSIDIO DE FAMILIA.

La Honorable Corte Constitucional ha dicho en reiteradas oportunidades, lo mismo que el Honorable Consejo de Estado, que lo derecho prestaciones son posibles modificarlos de forma regresiva, pero debido al mandato de no regresividad, o principio de progresión de los derechos prestaciones, toda modificación regresiva se presume inconstitucional.

El Derecho 1161 de 2014, modifica el Subsidio de familia de los soldados profesionales de forma regresiva, pues la norma anterior, esto es el artículo 11 del decreto 1794 del 2000, contiene el derecho en mejores condiciones. De ahí que la modificación del año 2014 se presume inconstitucional, y el acto administrativo demandando está fundamentado en dicha norma, razón por la cual, siguiente -mutatis mutandi- la teoría del “árbol envenenado” que bien conoce el Despacho, el acto demandado se presume inconstitucional.

Lo que le pedimos al despacho es que nos presente la argumentación por medio de la cual entendió superada tal presunción, y por la cual no declaró la nulidad del acto administrativo o en su defecto aplicó la excepción de inconstitucionalidad.

Dicha presunción se puede evidenciar desde las sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada constitucional y que son precedente obligatorio para el Despacho, además de sentencias de Tutela, que el Despacho Desconoce de forma abierta, todo el precedente en conjunto. Tal precedente lo encontramos entre otras oportunidades en las siguientes sentencias: C-038 de 2004; C-671 de 2002; C-931 de 2004; T-1318 de 2005; T-043 de 2007; T-273 de 2007; T-267 de 2006 y T-418 de 2007.

El Despacho no argumentó como la entidad demanda desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad del acto que negó el reconocimiento del subsidio de familia como fue pedido, y a su vez, tampoco argumento bajo que criterio se aparta el Despacho de dicho precedente, siendo necesario tal explicación como cumplimiento del derecho del debido proceso, y la tutela jurisdiccional efectiva entre otros. De ahí la petición de adición de la sentencia.

Es de aclararle que a pesar de que esto fue rogado al Despacho en el solicitud de adición, del contenido de la sentencia de adición, no se puede extraer una sola referencia, a lo que se le pidió, pues continuó omitiendo dicha motivación.

1.6. NO RESOLVIÓ LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS.

En la demanda se le rogó al Despacho que procediera a declarar las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1.1. *Se declare que mi poderdante ha realizado las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario.*

1.2. *Se declare que mi poderdante, 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.”*

1.7. NO SE RESOLVIERON LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Sabido es que, en caso de no proceder las pretensiones principales, el Despacho queda habilitado, y tiene la obligación de resolver las pretensiones subsidiarias.

El Despacho no argumentó con exhaustividad, sobre la excepción de inconstitucionalidad y sobre la excepción de inconvencionalidad, ambas pedidas en la demanda de forma subsidiaria.

De forma especial en lo que tiene que ver con los *principios mínimos fundamentales*: a. *Igualdad de oportunidades para los trabajadores*; b. *remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*; c. *primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*, contenidos en el artículo 53 de la Constitución política.

La sentencia es para que el Juzgado analice si los actos administrativos son contrarios a la Constitución Política, más no para que el Despacho se dedique a dar definiciones de las instituciones invocadas. Es para hacer operativos los artículos de la C.P o de la Convención, frente a lo señalado en los actos administrativos. Para contrarrestar unos con otros. Para hacerlo operativos, para aplicarlos. Que dice el artículo tal, que dice el acto tal, es compatible el contenido de uno y otro. Es lo que debe realmente ser resuelto. Nada dijo del artículo 53 por ejemplo como de los demás.

2. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EXTERNA DE LA SENTENCIA.

2.1. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

De un lado tenemos lo dicho en La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que está por encima de la Ley 1437 de 2011 y del C.G.P., en jerarquía normativa, dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 55. ELABORACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS JUDICIALES DEBERÁN REFERIRSE A TODOS LOS HECHOS y ASUNTOS planteados en el proceso por los sujetos procesales.”

los artículos 280 y siguientes del Código General del Procesos disponen, a saber:

“ARTÍCULO 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación. “

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que

este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”⁴

Por otro lado, el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) -Ley 1437 de 2011-, señala al respecto:

“ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”⁵

Desde el punto de vista jurisprudencia tenemos que:

La honorable Corte Constitucional en la sentencia T-455 de 20166, se dijo sobre este aspecto que se propone como violación del derecho fundamental al Debido Proceso

“24.1. El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados.

⁴ Subrayado propio.

⁵ Subrayado propio.

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido 6 Magistrado Ponente ALEJANDRO LINARES CANTILLO. proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”⁷. Además, ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurará un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, profirió en el 2008 la sentencia 12748 de ese año, en la que estableció lo siguiente:

“... la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez “es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”, a tal grado que “la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante”, esto es, “carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso”. De lo contrario, “el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso”

9. 24.2. De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), PERO TAMPOCO PODRÁ FALLAR SIN PRONUNCIARSE ACERCA DE TODAS LAS PRETENSIONES, PUES DE LO CONTRARIO DEBERÁ EXPLICAR DE MANERA SUFICIENTE LAS RAZONES POR LAS CUALES OMITIÓ REFERIRSE A ALGÚN PEDIMENTO⁶. El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello.”

Es entonces a todas luces claro que el Deber de Juez en el proceso consiste siempre en hacer pronunciamientos completos, acuciosos, incluso cuando no se pronuncie sobre las todas las pretensiones de la demanda, pues en tal caso, debe explicar porque no se pronunció sobre lo dicho en la demanda

2.2. MODALIDADES DE INCONGRUENCIA

Básicamente, y sin entrar en disquisiciones conceptuales, el Honorable Consejo de Estado, ha dicho que la incongruencia en las sentencias se presenta en dos formas, una externa y otra interna. A la primera, que es la que invocamos, le da la significación que se presenta cuando no existe una relación simétrica entre las pretensiones de la demanda, hechos, excepciones de la contestación y demás situaciones planteadas en el proceso, y lo consignado en la sentencia judicial. Dicha simetría se rompe, por varias modalidades, *extra*

⁶ Subrayado propio.

petita, ultra petita, infra petita y cifra petita; La segunda modalidad, que no nos interesa acá, ya que no se puede evidenciar, es cuando en el cuerpo de la sentencia no existe una relación armónica con lo resuelto en la sentencia, es decir, los considerandos de la sentencia van encaminadas a una absolución, pero el resuelve determina una condena, esto a manera de ejemplo.

La sentencia que se profirió en este proceso, es una sentencia viciada por la incongruencia en la forma externada y en la modalidad *citra petita*, en la medida en que lo pedido y rogado en la demanda, lo señalado y probado en la contestación de la demanda y todo lo antes dicho, no quedó consignado en la sentencia, situación que genera una Violación del principio de exhaustividad que gobierna la actuación judicial al momento de fallar las controversias planteadas por las partes

Por ejemplo, en la sentencia de adición, dijo que quedaban probados los hechos de las funciones iguales, hechos 15, pero no se pronunció sobre la pretensión donde se le pidió que declara que mi poderdante hace las mismas funciones que los demás soldados profesionales, incluidos los que antes fueron soldados voluntarios

3. PRETENSIÓN DE EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD O EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN ARAS DE QUE SE INAPLIQUE EL ARTÍCULO 287 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, Y EN SU LUGAR SE APLIQUE EL ARTÍCULO 55 LA LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y DOBLE INSTANCIA.

En caso de que el honorable tribunal administrativo no acceda a la anterior pretensión, le ruego que procesa a aplicar la excepción de inconstitucionalidad de las siguientes normas procesales:

Se inaplique el artículo 287 del Código General del Proceso, y en su lugar se aplique la Ley Estatutaria de Administración de justicia, en su artículo **“ARTÍCULO 55. ELABORACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS JUDICIALES DEBERÁN REFERIRSE A TODOS LOS HECHOS y ASUNTOS planteados en el proceso por los sujetos procesales.”**

Para de esa forma garantizar el derecho de la doble instancia material del demandante, ya que la argumentación en adición que vaya a proferir el tribunal quedaría sustraída del recurso de apelación, esto es la imposibilidad material y jurídica de controvertir la decisión.

Y en razón de lo anterior, ordenarle al respetado *a quo* que complemente la sentencia, y que resuelva de fondo todos y cada uno de los puntos planteados desde el punto de vista factico como desde lo jurídico.

El Despacho, no puede negarse a administrar justicia y resolver los problemas que se le presentan de fondo, y mal utilizar la función del Honorable Tribunal Administrativo para que este realice la tarea que en principio de corresponder al *a quo*.

4. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA ANTERIOR

Le ruego al Honorable Tribunal Administrativo, que, en caso de no haber prosperado las anteriores pretensiones, complemente la sentencia en lo que no resolvió el Juzgado, tal como fue plasmado acá.

III. MOTIVOS DE DISENSO FRENTE A LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO

1. CON RELACIÓN AL RECONOCIMIENTO DEL REAJUSTE DEL 20% SALARIAL.

1.1. SENTENCIA RECURRIDA

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADICIONADA

“c. Finalmente, sobre el incremento del 20% del salario, el contenido del artículo del Decreto 1794 de 2000 señala:

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

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

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

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

Con este cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional se dio un tratamiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales a partir del 1° de enero de 2001 y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios es decir anterior al 31 de diciembre de 2000, se incorporaran en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos pues, entre otras cosas, expresamente se consignó la garantía de que conservarían la prima de antigüedad en el porcentaje que venían percibiendo.

Ahora bien, el problema jurídico a resolver se contrae a establecer si a los soldados incorporados con posterioridad al 31 de diciembre de 2000 se les debe reconocer el derecho de percibir el salario mínimo legal incrementado en un 60% conforme la Ley 131 de 1985, al considerarse perjudicado el demandante al reconocérsele en su salario un incremento del 40% en lugar del 60% anteriormente señalado, siendo que tanto los soldados voluntarios como los incorporados con posterioridad al 31 de diciembre del año 2000 cumplen las mismas funciones, entonces, frente al argumento de la favorabilidad, este despacho no desconoce que el nuevo régimen salarial de los soldados profesionales es más beneficioso que el anterior, ya que los soldados voluntarios tenían derecho únicamente al salario mínimo incrementado en un 60%, las bonificaciones por navidad, al ser dados de baja y la prima de antigüedad así como las incapacidades, invalideces e indemnizaciones, al paso que de la simple

lectura del Decreto 1794 de 2000 se observa que se les reconocen nuevos emolumentos como la prima de servicios anual, de vacaciones, cesantías, entre otras; sin embargo, esa circunstancia no es óbice para considerar que quienes se vincularon con posterioridad al 31 de diciembre de 2000 tengan derecho a que se les reconozca el 20% del salario que alega se dejó de cancelar, pues ese derecho no surge de comparar ambos regímenes y tomar lo más beneficioso de cada uno, sino de la simple lectura del art. 1 inciso 2° ibídem que solo condiciona su aplicación a la existencia de vinculación anterior bajo las normas de la Ley 131 de 1985, es decir como soldado voluntario, criterio acorde con el art. 2 parágrafo cuando, al referirse a los soldados voluntarios que se incorporan como profesionales, señaló:

“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”.

Aunado a lo anterior, se considera que el trato diferente contenido en el pluricitado art. 1 inciso 2°, prima facie, no vulnera el principio de igualdad como quiera que, si bien se trata de soldados profesionales es diferente la situación de quienes ingresan con posterioridad al Decreto 1794 de 2000 de aquellos que venían vinculados como voluntarios, esto en razón a que los primeros tienen una trayectoria dentro de la Institución pues iniciaron prestando el servicio militar obligatorio y decidieron continuar como voluntarios para luego ser incorporados al régimen profesional así que, como lo ha considerado la Corte Constitucional sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente “la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual”.

En providencia del 17 de octubre de 2013 la Sección Quinta del Consejo de Estado indicó:

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

Entonces, conforme la petición del demandante, estima el despacho que se pretende la aplicación de dos regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, esto porque el actor no se encuentra in curso en las condiciones exigidas para ser sujeto de la transición previsto en el Decreto 1794 de 2000.

Se desprende de lo expuesto que el Decreto 1794 de 2000 contempló un régimen de transición para los soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales en aras de premiar esa antigüedad, por ello les otorgó el beneficio de que continuaran con la asignación mensual que venían percibiendo consistente en el salario mínimo legal incrementado en un 60%; por tanto en razón a que la norma indicó de forma expresa ese derecho, resulta clara la intención del legislador extraordinario de establecer prerrogativas para quienes venían vinculados al Ejército como soldados voluntarios por ello, no puede ser otro el espíritu de la norma.

Adicionalmente, resulta menester destacar que en reciente providencia de tutela proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, se consideró que existían tres grupos de soldados, quienes ingresaron directamente como profesionales a partir del año 2001, los voluntarios que manifestaron su interés en incorporarse como profesionales hasta el 31 de diciembre de 2000 y aquellos soldados voluntarios que fueron convertidos en profesionales en virtud de orden militar, a partir del 1° de noviembre de 2003 y, solo respecto de estos últimos como el caso del demandante, existía duda sobre el porcentaje de su remuneración.

Aunado a lo anterior, en tratándose de los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre del año 2000, el Consejo de Estado en sentencia del 6 de agosto de 2015 consideró que el incremento del 60% sobre la asignación constituía una protección de los derechos adquiridos, sin hacer distingo alguno frente a la fecha de incorporación:

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

En efecto, únicamente para los soldados voluntarios que venían vinculados y que a posteriori pasaron a ser soldados profesionales no les implicó la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como Soldados Profesionales a partir de su vigencia e incluso del tiempo de antigüedad debidamente certificado.

También se destaca, que en desarrollo de los objetivos y criterios fundamentales consignados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional para efectos de fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos debe garantizar el respeto a los derechos adquiridos, por lo que reconocer que los soldados profesionales vinculados con posterioridad al 31 de diciembre del año 2000 por cumplir las mismas funciones que los soldados voluntarios que venían vinculados con anterioridad a la señalada fecha, sería tratar en igualdad supuestos de hecho y de derecho diferentes y desconocer la finalidad buscada por la transición normativa que se encamina a la desaparición de los efectos jurídicos del régimen salarial anterior de manera que no afecte derechos adquiridos y en tal sentido como se conoce que el demandante fue vinculado solo hasta 20 de abril del año 2008, se observa que el mismo no es sujeto aplicable del régimen de transición y por ende no se encuentra

en la misma condición de los soldados que gozan de tal beneficio, por lo que no es predicable que se le deba tratar en igualdad y como consecuencia también se denegara esta pretensión.

Finalmente, Sobre la configuración del silencio negativo, tenemos que la parte demandada no allegó prueba alguna tendiente a demostrar que el derecho de petición fue resuelto, por lo que al no encontrar dentro del plenario prueba de la respuesta completa de la petición con radicado KBN8KKKVAV, el despacho considera que ha operado el silencio administrativo negativo por ser la respuesta insuficiente, sin embargo, conforme las anteriores consideraciones no se declarará su nulidad.

Bajo las anteriores consideraciones, es preciso tener en cuenta que para el presente caso la ley 1437 del 2011 en su artículo 88, declara la existencia de presunción de legalidad de los actos administrativos, por tanto correspondía al demandante probar que efectivamente existe un vicio que afecte la existencia o validez del acto administrativo demandado pues no obra en el proceso, prueba conducente, pertinente y útil que comporte una entidad suficiente para dar por probado de forma plena los vicios de ilegalidad alegados y que ameriten la declaratoria de nulidad, pues el despacho concluye que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a las normas vigentes aplicables al demandante al considerar que no es beneficiario de la prima de actividad por una parte y por otra que se dio aplicación a los presupuestos legales y jurisprudenciales sobre el incremento del 20% solicitado y el porcentaje del subsidio familiar por tratarse de un soldado profesional vinculado con posterioridad al 31 de diciembre de 2000.”

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADITIVA

“Sobre los numerales 1 a 3 y 7.

Señala el apoderado de la parte demandante que en la demanda no se presenta argumentación jurídica, a) por la cual el Despacho entendió que el acto administrativo que negó el reajuste salarial del 20% no era violatorio del principio de igualdad en la modalidad “trabajo igual, salario igual” y realidad sobre las formas, b) por la cual el Despacho no le dio aplicación, o se apartó, de la Sentencia SU-519/97, donde se unificó los criterios que se consideran indispensables para que haya violación al principio de igualdad en la modalidad “trabajo igual, salario igual”, c) por la cual el Despacho entendió que el acto administrativo que negó el reajuste salarial del 20% no era violatorio del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas y la igualdad salarial, c) por la cual el Despacho entendió que el acto administrativo que negó el reajuste salarial del 20% no eran violatorios de los principios constitucionales de la carrera administrativa, tales como el mérito y la igualdad de oportunidades, invocados en la demanda, entre otros y d) se señale la causal objetiva que determine la justificación al trato diferente que recibe el demandante tanto en materia salarial del 20%, como en materia de prestaciones salariales de la prima de actividad, tal como lo establece la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional.

Sobre estos particulares el despacho dentro de la sentencia sostuvo que el origen de la diferencia salarial era precisamente el cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional, en donde se dio un tratamiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales a partir del 1° de enero de 2001 y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios es decir

anterior al 31 de diciembre de 2000, se incorporaran en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos.

Sostuvo el despacho que a pesar de que el demandante cumplía las mismas funciones que desarrollan los soldados voluntarios, el nuevo régimen salarial de los soldados profesionales es más beneficioso que el anterior en tanto que mientras los soldados voluntarios tenían derecho únicamente al salario mínimo incrementado en un 60%, las bonificaciones por navidad, al ser dados de baja y la prima de antigüedad así como las incapacidades, invalideces e indemnizaciones, a los soldados profesionales dentro del Decreto 1794 de 2000 se les reconoce nuevos emolumentos como la prima de servicios anual, de vacaciones, cesantías, entre otras; circunstancia que pone de manifiesto que el derecho a devengar el 20% es fruto de la transición normativa en lo que a régimen salarial y prestacional se refiere, con el único fin de amparar derechos adquiridos de los soldados que se encontraban activos antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen salarial y así las cosas, se puede concluir que no se trata de los mismos presupuestos de hecho en tanto el actor conforme la fecha de su vinculación no es sujeto de la transición normativa, por lo que si bien es cierto el actor como soldado profesional vinculado con posterioridad al 31 de diciembre de 2000 desarrolla las mismas funciones que los soldados voluntarios vinculados con anterioridad a la fecha anteriormente señalada, el trato diferenciado es producto como se dijo del cambio de régimen salarial y normativo y los derechos adquiridos por los primeros derivados de su vinculación anterior bajo las normas de la Ley 131 de 1985, es decir como soldado voluntario, motivo por el que además no se trata de que se vulnere el principio de trabajo igual, salario igual invocado o la primacía de la realidad sobre las formas o el salario justo y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, en tanto el trato diferenciado deviene como se dijo no de la denominación o las funciones que desarrollan los dos grupos de militares, sino del cambio de régimen salarial.

Ahora en lo relacionado con la tutela SU-519/97, estima el demandante que el despacho se ha apartado de la misma, sin embargo, dentro de la tutela en mención se resolvió sobre la discriminación a que fue sometida una trabajadora por su negativa a acogerse a un nuevo régimen salarial amparando la libertad del trabajador en cuanto a la opción sobre regímenes laborales durante la transición legislativa, motivo por el cual el precedente no es aplicable en tanto el demandante no ostenta derechos adquiridos con el régimen salarial anterior por lo que no es sujeto de la transición normativa al haberse vinculado al ejército en vigencia del Decreto 1794 de 2000.

Se consideró además que el trato diferente contenido en el art. 1 inciso 2°, no vulnera el principio de igualdad como quiera que, si bien se trata de soldados profesionales es diferente la situación de quienes ingresan con posterioridad al Decreto 1794 de 2000 de aquellos que venían vinculados como voluntarios en razón a que los primeros tienen una trayectoria dentro de la Institución pues iniciaron prestando el servicio militar obligatorio y decidieron continuar como voluntarios para luego ser incorporados al régimen profesional así que, como lo ha considerado la Corte Constitucional sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente “la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual”

Adicionalmente, se consideró lo sostenido por la Sección Primera del Consejo de Estado, en razón a la existencia de tres grupos de soldados, quienes ingresaron

directamente como profesionales a partir del año 2001, los voluntarios que manifestaron su interés en incorporarse como profesionales hasta el 31 de diciembre de 2000 y aquellos soldados voluntarios que fueron convertidos en profesionales en virtud de orden militar, a partir del 1° de noviembre de 2003 y, solo respecto de estos últimos, existía duda sobre el porcentaje de su remuneración.

Aunado a lo anterior, en tratándose de los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre del año 2000, también se consideró el Consejo de Estado en sentencia del 6 de agosto de 2015 que el incremento del 60% sobre la asignación constituía una protección de los derechos adquiridos, sin hacer distingo alguno frente a la fecha de incorporación en los siguientes términos:

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

En efecto, únicamente para los soldados voluntarios que venían vinculados y que a posteriori pasaron a ser soldados profesionales no les implicó la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como Soldados Profesionales a partir de su vigencia e incluso del tiempo de antigüedad debidamente certificado.”

También se destacó, que en desarrollo de los objetivos y criterios fundamentales consignados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional para efectos de fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos debe garantizar el respeto a los derechos adquiridos, por lo que reconocer que los soldados profesionales vinculados con posterioridad al 31 de diciembre del año 2000 por cumplir las mismas funciones que los soldados voluntarios que venían vinculados con anterioridad a la señalada fecha, sería tratar en igualdad supuestos de hecho y de derecho diferentes y desconocer la finalidad buscada por la transición normativa que se encamina a la desaparición de los efectos jurídicos del régimen salarial anterior de manera que no afecte derechos adquiridos y en tal sentido como se conoce que el demandante fue vinculado solo hasta el 5 de enero de 2007, se observa que el mismo no es sujeto aplicable del régimen de transición y por ende no se encuentra en la misma condición de los soldados que gozan de tal beneficio, por lo que no es predicable que se le deba tratar en igualdad con los primeros.

Sobre el numeral 4.

Corresponde al despacho adicionar las consideraciones la sentencia señalando que no encuentra vulnerados principios constitucionales de la carrera administrativa, tales como el mérito y la igualdad de oportunidades, pues los soldados voluntarios ya se habían incorporado a la carreta militar bajo el imperio de la ley 131 de 1985, motivo por el que cuando el legislador crea la categoría del soldados profesionales por medio del decreto 1794 de 2000, lo que pretendió fue la unificación de una sola categoría de soldados en la que se integraron los que venían ya vinculados al ejército con los que se vincularon con posterioridad al 31 de diciembre de 2000, sin que con

esto se pueda señalar que darle continuidad a estos soldados dentro de la fuerza haya afectado la eficiencia y eficacia de la administración pública en tanto los mismos ya venían desarrollando sus funciones como soldados y tampoco se observa que se haya privado de oportunidades a quienes aún no se encontraban vinculados para el acceso al servicio público en tanto se permitió la vinculación de nuevo personal diferente a los soldados anteriormente señalados como voluntarios y en razón además de esta vinculación bajo normativas diferentes se permite derivado de la garantía del respeto de derechos adquiridos la diferencia salarial que estima el demandante se le ha dejado de cancelar, sin que se pueda aceptar por este hecho el enriquecimiento y empobrecimiento correlativo del patrimonio público en contra del patrimonio privado del actor.”

Trascrita la sentencia, respetuosamente presentamos los cargos correspondientes contra la misma. En esta oportunidad no vamos a criticar la validez del argumento desde la óptica de lo formal, sino el contenido del mismo, “la corrección de la sentencia” en el entendido de su correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas que le sirvieron de base a las premisas elaboradas en el argumento judicial.

1.2. CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la Sentencia de desconocer el *thema petendi* de la demanda.

DEMOSTRACIÓN:

Cuando el Despacho argumenta que los dos soldados no pueden compararse, a pesar de que hacen las mismas funciones, debido a que pertenecen a regímenes jurídicos diferentes, está desconociendo y confundiendo lo que realmente se le planteó en la demanda como *thema petendi*.

Los sujetos que se le pidió al Despacho que comparara fueron los siguientes, pero antes permítame hacer la siguiente aclaración:

Con la vigencia de la Ley 131 de 1985, se crearon los soldados voluntarios. Dicha norma fue derogada por el Decreto 1793 de 2000.

Al momento de la DEROGATORIA de dicha norma, los soldados que se habían vinculado con dicho régimen, tenían tres opciones claras.

PRIMERA OPCIÓN: Retirarse de la Institución como Soldados Voluntarios

SEGUNDA OPCIÓN: Continuar vinculados como soldados voluntarios

TERCERA OPCIÓN: Ingresar como **SOLDADOS PROFESIONALES** al régimen de la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000

De las tres opciones que asumieron los soldados voluntarios, solo nos interesa la última, ya que, con relación a la primera, son soldados que se retiraron de la institución por el solo hecho del principio lógico de exclusión no nos interesan. Con relación a los soldados que tomaron la segunda opción, tampoco nos interesa, pues serían soldados que tienen un régimen diferente, claramente imposible de ser comparados.

Los soldados que tomaron la tercera opción, son los soldados que son relevantes en el presente juicio de comparación, porque son soldados que dejaron de estar regidos por la ley 131 de 1985 y pasaron a ser regidos por el decreto 1793 del año 2000.⁷

Igualmente son ellos los que son relevantes al presente proceso, pues son ellos, y solo ellos, lo que hacen las funciones propias de la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, y mi poderdante se vinculó a dicha carrera administrativa.

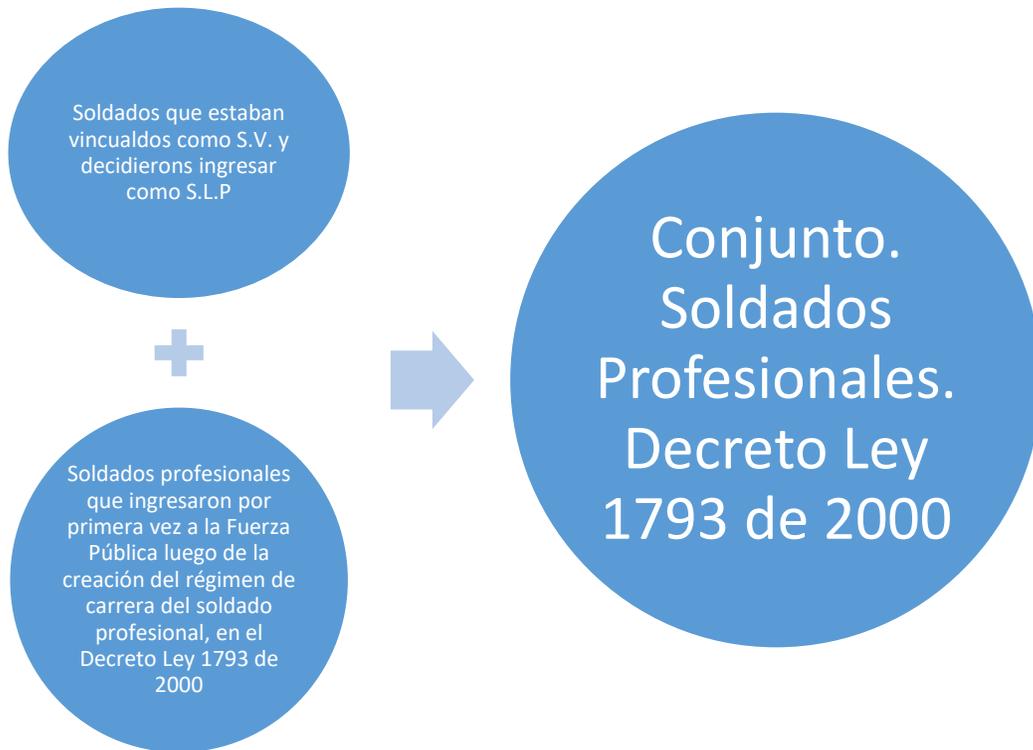
Los soldados que se le pide al Despacho que compare con mi poderdante, son únicamente los soldados que ingresaron a la carrera administrativa del decreto 1794 de 2000, ya que son ellos, y solo ellos, los que se encuentran en las mismas condiciones que mi poderdante. El Despacho desconoce este pedido en la demanda, o se confunde, pero cualquiera que sea la causa de ello, se le aclara que la comparación no es con los soldados que continuaron como soldados voluntarios, o lo que se retiraron.

Al estar vinculados los dos a la misma carrera administrativa, todos con posterioridad al 1 de enero de 2001 si es posible realizar la comparación. Es importante que el Despacho tenga de presente, que los soldados que se le pide que sean comparados, son los soldados voluntarios que fueron aceptados por los comandantes de fuerza para ingresar como soldados profesionales, por virtud del proceso de incorporación de los soldados voluntarios al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales.

Son estos, Respetado Tribunal, son los soldados que le ruego que compare, los soldados voluntarios convertidos a soldados profesionales, a los mismos que en el sentir del artículo 5 del Decreto 1793 **les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto** como a mi poderdante que es soldados profesionales.

Repetimos, los soldados que le rogamos al Despacho que compare con los soldados que pertenecen al Conjunto de Soldados Profesionales, todos regidos por el decreto 1793 de 2000.

⁷ Art. 5. "PARAGRAFO. 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."



Identificados los sujetos a comparar, es que el Despacho debía analizar los presupuestos de violación del Derecho fundamental a la igualdad en la modalidad “trabajo igual- salario igual” y los presupuestos del artículo 53 de la Constitución relacionados con “el pago proporcional del trabajo” y demás garantías allí consignadas.

1.3. CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la Sentencia de incurrir en error, al considerar que no son pasibles de comparación los sujetos que se le ruegan sean comparados en el juicio de igualdad rogado al Despacho en la demanda, al considerar que existen dos regímenes diferentes. Error que lo lleva a resolver el presente caso con una norma derogada.

DEMOSTRACIÓN:

Tiene toda la razón el Despacho al considerar que no se puede comparar a mi poderdante con los soldados que fueron voluntarios, sin haber sido convertidos en profesionales. Desde luego que no son sujetos de comparación, entre otras cosas, porque las funciones puede que sean distintas, además de estar vinculados con regímenes diferentes, es decir, tener relación laboral gobernada por normas totalmente diferentes. Acompañamos al Despacho en una interpretación como esa.

Pero en lo que no lo acompañamos es en decir que el demandante, no es sujeto de comparación con los soldados que algún momento fueron soldados voluntarios pero que posteriormente fueron convertidos en soldados profesionales e ingresaron a la carrera administrativa del Derecho 1793 de 2000. Esto por varias razones:

LA PRIMERA: La primera, entendemos que, a partir del desconocimiento, ya sea por falta de exhaustividad en la interpretación de la demanda o ya sea porque es deliberado, del Despacho del *thema petendi* de la demanda, el Despacho diga que no se pueden comparar lo rogados. Entendiendo que se parte de un error y por tal razón la conclusión es errática.

LA SEGUNDA: Al convertirse en soldados profesionales, los soldados que antes eran soldados voluntarios, fueron homologados en todo lo necesarios para adquirir la calidad y

condición de soldados profesionales, por virtud del proceso de incorporación de los soldados voluntarios al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales. La misma norma, les da ese trato jurídico a los soldados “convertidos”. Así lo señala el artículo 5 y el artículo 42 del decreto 1793 de 2000.

LA TERCERA: Al estar vinculados bajo la carrera del decreto 1793 de 2000 y en consideración con el artículo 5 y el artículo 42, ya los soldados que fueron voluntarios dejaron de estar gobernados por la ley 131 de 1985. Es decir, en el momento que la norma jurídica dice que “les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto” dichos soldados que fueron voluntarios quedan huérfanos de la ley 131 de 1985.

LA CUARTA: Por tal razón para los soldados que fueron voluntarios y que posteriormente fueron convertidos en soldados profesionales, a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, solo tienen un régimen jurídico.

LA QUINTA: los sujetos comparados, de acuerdo a la anterior, no tienen regímenes jurídicos diferentes, como mal lo entiende el Despacho, solo existe para ellos, para los que se le pide que sea comparados, un solo régimen, esto es el decreto 1793 de 2000. Una interpretación diferente, como lo que ha hecho el Despacho, es contraria al contenido del artículo 5 y el artículo 42, de dicho estatuto de carrera administrativa.

LA SEXTA: Para los soldados que fueron vinculados producto de la conversión realizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, que son los sujetos que le rogamos sean comparados en este juicio de igualdad, les quedó derogada la ley 131 de 1985 por virtud de lo señalado en el artículo 43 del decreto 1793 de 2000.

LA SÉPTIMA: El Decreto 1793 de 2000, no establece un trato objetivo diferenciado para los soldados que fueron vinculados producto de la conversión realizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, y los soldados que ingresaron como nuevos, como es el caso de mi poderdante.

LA OCTAVA: Contrario a lo anterior, el Decreto 1793 de 2000, establece un trato igualitario en todo, esto es: régimen de responsabilidades, régimen de obligaciones, régimen de funciones, régimen de retiro, régimen de situaciones administrativas, régimen de educación, régimen de salud, tanto para los soldados que fueron vinculados producto de la conversión realizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, como para los soldados que ingresaron como nuevos, como es el caso de mi poderdante

LA NOVENA: La carrera administrativa contenida en el Decreto 1793 de 2000, es una carrera administrativa sui generis, pues no promueve el ascenso, ya que solo tiene un cargo, un único cargo, el de soldados profesionales, donde se encuentra mi poderdante y los soldados voluntarios que fueron convertidos en soldados profesionales.

LA DÉCIMA: No existe disposición jurídica que prohíba la comparación entre sujetos vinculados a una carrera administrativa gobernada por la misma norma jurídica, que se encuentre en el mismo cargo, que tengan asignadas las mismas funciones, que tengan mismas condiciones de responsabilidad y formación.

Entonces, a título de conclusión, y con base en todo lo anterior, el demandante si es posible de ser comparado con los soldados que fueron “convertidos en soldados profesionales” ya que,

PRIMERO: tienen una única norma jurídica que regula su carrera administrativa, esto es el decreto 1793 de 2000; todos fueron vinculados con posterioridad al 1 de enero de 2000, unos, producto de la conversión realizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, y otros, porque eran nuevos;

SEGUNDO: Para los soldados que fueron vinculados con posterioridad al 1 de enero de 2000, a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, les quedó derogada la ley 131 de 1985 por disposición del artículo 42 del decreto 1793 de 2000, exceptuando lo relacionado con el básico de su salario;

TERCERO: Que el decreto 1793 de 2000, no establece un trato diferenciado para los soldados, por el contrario dice para los soldados “convertidos” “**les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto**”, adicional a lo señalado en el artículo 42 de dicha norma; en lo que tiene que ver con régimen de responsabilidades, de formación, de situaciones administrativas, de normas de retiro y de funciones, tanto para los soldados “convertidos en soldados profesionales” como para los soldados nuevos, no existe diferencia alguna, así que todo el trato dado es igual⁸;

CUARTO: En lo que tiene que ver con el cargo, al tener un único cargo la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, que se denomina “soldado profesional” ambos están en dicho cargo.

Por lo anterior, queda desvirtuada las afirmaciones del Despacho según cuales es imposible comparar los sujetos rogados por existir regímenes jurídicos diferentes, y, por el contrario, demostrada la posibilidad fáctica y jurídica de realizar el juicio de comparación.

1.4. CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: La sentencia se equivoca con relación al contenido y existencia del régimen de transición dispuesto para los soldados que producto del proceso de incorporación de los soldados voluntarios al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales.

⁸ “**ARTÍCULO 37. REGIMENES APLICABLES.** Los soldados profesionales quedan sometidos al Código Penal Militar, al Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares y a las normas que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

DEMOSTRACIÓN:

Palabras más palabras menos, la idea que presente el Despacho, es que el demandante en esta oportunidad no es beneficiario del incremento salarial de la diferencia del 20% sobre el salario básico, al considerar que dicho incremento es solo para los soldados que fueron voluntarios, en virtud de un supuesto régimen de transición para ellos.

Al Respecto, respetuosamente le presento al Honorable Tribunal Administrativo las siguientes consideraciones a fin de discernir el contenido de las palabras que asumen el Despacho, y lograr demostrar su yerro. Para ello manifiesto los siguiente:

PRIMERO: El único régimen de transición contemplado para los soldados profesionales que se hayan vinculado con anterioridad al 1 de enero de 2001, es el relacionado con el bono pensional. Dicho régimen de transición está contemplado en el artículo 41 de decreto 1793 de 2000, que en su tenor literal dice:

“ARTÍCULO 41. TRANSICION. Para los soldados profesionales que se hayan vinculado con anterioridad al 1 de enero de 2001, el Ministerio de Defensa Nacional efectuará el cálculo de un bono pensional, dentro del año siguiente a la expedición del presente decreto, por el número de años de servicio equivalente al aporte del doce por ciento (12%) que le corresponde aportar al empleador, utilizando la metodología prevista en la Ley 100 de 1993.”

SEGUNDO: En materia salarial de los soldados voluntarios que fueron “convertidos” en soldados profesionales no existe ningún régimen de transición. Para que haya un régimen de transición es necesario los siguientes elementos:

- a. La existencia de una primera norma jurídica que contemple una determinada cantidad de beneficios laborales, puede ser uno o varios, en un valor determinado.
- b. Que dicha norma esté dirigida a un determinado grupo de trabajadores.
- c. Que posteriormente, aparezca una segunda norma jurídica, que modifique la cantidad de beneficios laborales, puede ser uno o varios, contemplados en la primera norma jurídica, en un valor determinado diferente al que antes era reconocido.
- d. Que, al interior de la segunda norma, o en norma diferente, se exceptúe del ámbito de aplicación de la segunda norma, a algunos sujetos que son destinatarios de la primera norma, ya sea porque tienen derechos adquiridos o porque tienen expectativas legítimas.
- e. Los sujetos beneficiarios del contenido prestacional de la primera norma, al ser exceptuados de la nueva norma, la norma modificatoria, no pueden recibir las prestaciones que se contemplan en la segunda, pues o hace parte de la primera norma o de la segunda, pero no pueden hacer parte de las normas para tomar lo mejor de cada una, pues se violaría el principio de inescandibilidad normativa.

En el caso que nos convoca, lo que existe es una norma que, en garantía de los derechos adquiridos, mantiene el salario básico que ya venían devengando los soldados que fueron voluntarios. Pero, en todo lo demás, dichos soldados entran a ser beneficiarios de las prestaciones contempladas en el decreto 1794 de 2000, es decir en la norma modificatoria, o segunda norma, de la cual solo empezaron a disfrutar en el momento en que ingresaron a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000.

El régimen de transición, permita justificar la diferencia salarial, existiría si los soldados que fueron convertidos en soldados profesionales, al momento del ingreso como soldados profesionales, solamente quedaran recibiendo el salario y lo que ganaban con la ley 131 de 1985, y nada, de lo contemplado en la nueva norma esto es en el decreto 1794 de 2000. Pero eso no ocurre, dichos soldados, se quedaron con lo mejor de la Ley 131 de 1985, cosa que está bien, y a la vez, reciben lo mejor del decreto 1794 de 2000, cosa que prohíbe un régimen de transición. Pues o se mantiene las condiciones que tenían antes, a pesar de la modificación, o se asumen las nuevas condiciones, pero lo que no se puede hacer en un régimen de tránsito es mantener lo mejor del régimen anterior, y a su vez, adquirir lo mejor del nuevo régimen. En este caso, fue lo que ocurrió.

El Despacho mismo lo señala, cuando enuncia todos los beneficios prestacionales que adquirieron los soldados convertidos en soldados profesionales, al momento de ingresar a la carrera administrativa, esto es primas, subsidios, vacaciones, y demás contenidos en el decreto 1794 de 2000. Es decir, asumieron lo bueno del régimen nuevo, pero sin dejar o renunciar a lo bueno del régimen viejo.

TERCERO: En gracia de discusión, de existir tal régimen de transición, el mismo no es compatible con los postulados de la Constitución Política de Colombia, artículo 4, en lo que tiene que ver con “el pago proporcional de salario a la cantidad y calidad de trabajo realizada” ni tampoco en lo que tiene que ver con el Derecho fundamental de la igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”. Pues no existe un solo criterio objetivo que justifique que mi poderdante deba hacer la misma labor, en igualdad de condiciones que los otros soldados, y que, a su vez, deba renunciar a recibir un pago justo y proporcional a su trabajo.

Súmese a lo anterior, que a los soldados que fueron convertidos en soldados profesionales, se les estaría dando un trato diferenciado, al permitirle acceder a los mejores beneficios de ambos regímenes salariales, cosa que en esta oportunidad se le negaría al Demandante, colocándolo en una situación de desventaja. Si el tema es que, ellos en virtud de un régimen de transición tiene derecho a quedarse con lo mejor del régimen anterior, pero a su vez a acceder a lo mejor del nuevo régimen, ¿Qué justifica que mi poderdante no pueda acceder a lo mejor de cada régimen? Como lo hicieron los soldados que fueron homologados. O todos en la cama, o todos en el piso. O ellos se queda con lo mejor del régimen anterior, y renuncian a lo bueno del nuevo régimen, o renuncian al antiguo régimen y asumen lo bueno del régimen. Como sería la exigencia un verdadero régimen de transición si realmente existiera. Pero si pueden hacer las dos cosas, si se les brinda ese trato, ¿Por qué a mi poderdante no?

El tema es que la entidad demandada, no puede recibir, la misma cantidad de trabajo, misma calidad de trabajo, por funcionarios en igualdad de condiciones, y a unos pagarles más y a otros menos, pues en ese caso se está empobreciendo el patrimonio de la entidad, a costa del de mi poderdante a expensa de las prohibiciones del artículo 13 y 53 de la Constitución.

1.5. CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO Yerra el Despacho, en la sentencia, al considerar que dada la naturaleza jurídica que tiene la diferencia del 20% para los soldados voluntarios, incorporados al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de

manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales, el demandante no puede acceder a dicha diferencia salarial.

DEMOSTRACIÓN:

Argumenta el Despacho, en la sentencia recurrida, que la diferencia los soldados que fueron soldados voluntarios tiene derecho a recibir como salario básico el SMMLV incrementado en un 60% por que para ellos es un derecho adquirido, mientras que el demandante al no haber sido soldado voluntario, no puede acceder a dicho salario básico pues para él no es un derecho adquirido. Eso que, acabados de decir, es un intento de parafrasear lo que el Despacho dijo en el Sentencia. A lo dicho por el Despacho diremos lo siguiente:

Primero: Diremos que estamos de acuerdo con el sentir del Despacho sobre la naturaleza de derecho adquirido del salario para los soldados que fueron soldados voluntarios. Nada más correcto como esto.

Segundo: El hecho de que, para el soldado voluntario, dicho salario sea un derecho adquirido, no imposibilidad para que el demandante puede acceder a dicho salario por una vía distinta al del derecho adquirido, esto es, por la vía del derecho fundamental de la igualdad en la modalidad trabajo igual salario igual, si se cumplen los presupuestos; o por la vía, del salario justo y proporcional al trabajo realizado.

Tercero: En razón de que para el soldado que fue voluntario la conformación de su salario esté aparada por la teoría del derecho adquirido, ello *per se*, no justifica que el demandante deba soportar la carga de la conculcación y agravio de sus derechos fundamentales, en este caso el de la igualdad y el del salario justo y proporcional al trabajo realizado.

Cuarto: El hecho de que el demandante acceda a la diferencia salarial demandada, ya sea por la vía derecho fundamental de la igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”, si se cumplen los presupuestos; o por la vía, del salario justo y proporcional al trabajo realizado, ello no implica un agravio a los derechos adquiridos por los soldados que fueron voluntarios, es decir, en nada afecta la naturaleza Jurídica de dichos derechos para los soldados que fueron voluntarios.

Por esa razón, el hecho de que sea derecho adquiridos para los sujetos que se piden sea comparados, no excluye a mi poderdante automáticamente de acceder a dicho reajuste por el camino del derecho fundamental de la igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”, o, por el camino, del salario justo y proporcional al trabajo realizado. Y al acceder a dicha diferencia salarial, en nada afecta la naturaleza del derecho para los soldados que fueron voluntarios.

1.6. CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho, en su fallo, fundamentó la negación del restablecimiento de la igualdad en un criterio objetivo ficticio, que no tiene capacidad de ser objetivo para justificar la desigualdad, y además lo dio por probado sin estarlo.

DEMOSTRACIÓN:

De forma respetuosa me permito dividir esta demostración en tres partes, cada una identificada con una letra:

a. Primero procedo a identificar cuál es ese criterio ficticio.

Haciendo un parafraseo de lo señalado en la sentencia, el Despacho encuentra, que debido a que mi poderdante, no se vinculó con anterioridad a la fecha del 31 de diciembre de 2000 a la institución, está justificada la diferencia de trato en materia salarial, a la que es sometido por parte de la entidad.

b. Segundo, procedo a decir porque es un criterio ficticio, no tiene capacidad de ser objetivo para justificar la desigualdad.

Para que un criterio sea justificante del tratamiento desigual, debe revestir la calidad de ser objetivo, de tener el suficiente peso, para justificar el agravio al derecho de igualdad. Por ejemplo, son criterios objetivos, clásicamente reconocidos, la formación del trabajador, pues es posible crear una desigualdad, entre dos trabajadores en el mismo cargo, cuando uno tiene más formación que el otro, o en su defecto, menos formación. Allí existe un criterio objetivo.

Pero la fecha de vinculación, solo es un criterio formal, que no tiene la capacidad de soportar y justificar la violación al derecho de igualdad, situación que ha sido claramente manifestada por nuestra H. Corte Constitucional, cuando dice con absoluta claridad:

*“[L] a existencia de una diferencia salarial entre trabajadores que se encuentran en similares condiciones, debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad. Ahora, **ESA DIFERENCIA NO PUEDE SUSTENTARSE EN ARGUMENTOS MERAMENTE FORMALES COMO LA FECHA DE VINCULACIÓN A UN CARGO [...]**”.* Sentencia T-097 de 2006

De forma tal, que queda demostrado que lo afirmado por el Despacho, sobre la fecha de vinculación, ello, no es una causal de objetiva que justifique el trato desigual que recibe mi poderdante en materia salarial.

c. Tercero, procedo a decir que además de ficticio y no tener capacidad de ser objetivo para justificar la desigualdad, tampoco está probado en el proceso.

Supongamos, Honorables Magistrados, solo suposición, que el criterio formal de la fecha de vinculación tiene el carácter suficiente para justificar la desigualdad salarial, REPITO, solo es una suposición. En dicho escenario, también el despacho incurrió en un desatino jurídico y fáctico, pues tal justificación es falsa, porque los dos soldados, tanto lo que fueron voluntario como los que no, como mi poderdante, ingresaron a la carrera administraba del soldado profesional “*con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000*”

Como ya lo dijimos arriba, los sujetos que estamos comparando en esta oportunidad con el demandante, son los soldados voluntarios, incorporados al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales, lo que ya de por sí, se cae por su propio peso, pues ambos ingresaron a la carrera administrativa después de la entrada en vigencia de Decreto Ley 1793 de 2000.

El decreto 1793 de 2000, se establece con absoluta claridad, pero seguramente el despacho no observó esta norma, que dice: artículo 5: **“PARAGRAFO. 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”**

Mas claro no puede ser, los dos soldados comparados, se vincularon a la carrera administrativa de los soldados profesionales gobernada por el decreto 1793 de 2000, después del 1 DE ENERO DE 2001 fecha en la cual entró en vigencia dicho decreto, pues a voces del **ARTÍCULO 43. VIGENCIA Y DEROGATORIA**. El presente Decreto rige a partir del 1o. de enero de 2001.

Así queda demostrado el dislate del Despacho, pues de un lado: la fecha de vinculación no tiene la vocación de ser un criterio objetivo para justificar el trato desigual en material salarial; y de otro lado, no es verdad que por el hecho de que mi poderdante se haya vinculado *con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000*, no se tenga derecho al reajuste salarial, pues tanto mi poderdante como los demás sujetos comparados ingresaron a la carrera después del 1 DE ENERO DE 2001.

1.7. CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA.

CARGO: El Despacho desconoce el precedente Constitucional, contenido entre otras sentencias en la C-022/96; **Sentencia C-862/08, y Sentencia C-536/16**, donde se afirma que: *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”*

DEMOSTRACIÓN:

En dicho precedente, se reconoce que *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”*, y para no alargar el cargo, solamente nos permitimos citar lo siguiente:

“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. en otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato un trato discriminatorio, debe justificarlo.” Sentencia C-022/96

La actividad del Despacho en el desarrollo de la argumentación de la sentencia fue contraria a la ordenada en las siguientes líneas: *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”* el Despacho obvió por completa que su papel como argumentador judicial debe partir de inclinar el juicio de igualdad pedido hacía la declaración de igualdad, hasta tanto la entidad demanda no pruebe lo contrario.

Por el contrario, aquí la carga argumentativa del Despacho parte de la base de la desigualdad, inicia la argumentación tendiente a rechazar la realidad del demandante, incluso, cuando la entidad demandada no ha probado nada que justifique el trato desigual.

1.8. CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA.

CARGO: No conformó la proposición jurídica completa de las normas aplicables para resolver la litis, pues omitió aplicar la Sentencia de Unificación de la H. Corte Constitucional, **Sentencia SU-519/97**. Pese a que hizo una mención en la sentencia con relación a la solicitud realizada por el suscrito, nunca hubo un estudio profundo de tal situación.

DEMOSTRACIÓN:

En el momento en cual el Despacho determinó las normas aplicables al caso, olvidó señalar que la Sentencia de Unificación, **Sentencia SU-519/97**, era aplicable al caso, pues lo señalado allí como unificado hacer parte del cargo de violación del acto administrativo, ya sea para que se declare la nulidad, o para que se declare la excepción de inconstitucionalidad o de convencionalidad, valga decir, si ni siquiera no la citó, sino que además no le dio aplicación.

Veamos que dice dicha sentencia, con relación a la doctrina de “trabajo igual, salario igual”:

“(…) Ahora bien, esa remuneración no puede ser simplemente simbólica. Ha de ser adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador, a su preparación, experiencia y conocimientos y al tiempo durante el cual vincule su potencia de trabajo a los fines que interesan al patrono. Eso implica que el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones (…)”

*“(…) Como **LA CORTE LO HA MANIFESTADO, NO SE TRATA DE INSTITUIR UNA EQUIPARACIÓN O IGUALACIÓN MATEMÁTICA Y CIEGA**, que disponga exactamente lo mismo para todos, **SIN IMPORTAR LAS DIFERENCIAS FÁCTICAS ENTRE LAS SITUACIONES JURÍDICAS OBJETO DE CONSIDERACIÓN**. Estas, por el contrario, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a las circunstancias específicas, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales (…)”*

*“(…) Pero -claro está- **TODA DISTINCIÓN ENTRE LAS PERSONAS, PARA NO AFECTAR LA IGUALDAD, DEBE ESTAR CLARA Y CIERTAMENTE FUNDADA EN RAZONES QUE JUSTIFIQUEN EL TRATO DISTINTO**. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una. (…)”*

“(…) ASÍ OCURRE EN MATERIA SALARIAL, PUES SI DOS TRABAJADORES EJECUTAN LA MISMA LABOR, TIENEN LA MISMA CATEGORÍA, IGUAL PREPARACIÓN, LOS MISMOS HORARIOS E IDÉNTICAS RESPONSABILIDADES, DEBEN SER REMUNERADOS EN LA MISMA FORMA Y CUANTÍA, SIN QUE LA PREDILECCIÓN O ANIMADVERSIÓN DEL PATRONO HACIA UNO DE ELLOS PUEDA INTERFERIR EL EJERCICIO DEL DERECHO AL EQUILIBRIO EN EL SALARIO, GARANTIZADO POR LA CARTA POLÍTICA EN RELACIÓN CON LA CANTIDAD Y CALIDAD DE TRABAJO(…).”

Esto no fue analizado, ni desde el punto de vista jurídico, ni desde la óptica de lo fáctico por parte del Despacho en la Sentencia, pues de lo contrario, no hubiera llegado a un fallo tan contrario al ordenamiento jurídico como el que profirió.

Si hubiera realizado tal análisis, otro había sido el fallo, pues existe probada la igualdad en el trato, tanto en el plano formal, como en el material, y a su vez, no existe una prueba dentro del proceso que acredite que hay una causal objetiva del trato discriminatorio que

sufre mi poderdante. Lo siguientes cargos de violación los enfocaremos para analizar lo se acaba de afirmar.

Ahora, en la sentencia de adición, dice el Despacho que:

“la tutela en mención se resolvió sobre la discriminación a que fue sometida una trabajadora por su negativa a acogerse a un nuevo régimen salarial amparando la libertad del trabajador en cuanto a la opción sobre regímenes laborales durante la transición legislativa, motivo por el cual el precedente no es aplicable en tanto el demandante no ostenta derechos adquiridos con el régimen salarial anterior por lo que no es sujeto de la transición normativa al haberse vinculado al ejército en vigencia del Decreto 1794 de 2000”

Pareciera que el Despacho lo que esperar es que la sentencia lo que unifica es hechos, y no el contenido doctrinal del derecho fundamental al Derecho Fundamental a la igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”.

Si bien es cierto que los hechos de esa sentencia, no son los mismo de esta demanda, también es cierto que la postura unificada, no se realizó solo para los hechos contenidos en dicha demanda, ya que lo unificado puede ser aplicado a hechos que guarden cierta relación de similitud, pues lo que importa son hechos que den origen a que se demande la aplicación del derecho fundamental a igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”. Y esta demanda desde el comienzo se ha pedido dicha aplicación. Por tal razón, los contenidos allí planteados, son aplicables y de obligatorio cumplimiento para este proceso, ya que son hechos jurídicamente relevantes a la violación del derecho fundamental a igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”.

1.9. CARGO OCTAVO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho con la sentencia apelada, desconoce la igualdad formal en la cual se encuentra mi poderdante con relación a los soldados profesionales que antes fueron soldados voluntarios.

DEMOSTRACIÓN:

Está probado, que, en la actualidad existe el mismo trato de igualdad formal para mi poderdante como para los soldados profesionales que antes fueron soldados voluntarios. Dicha igualdad en el plano formal está dada en lo siguiente:

- a. Tienen asignadas las mismas funciones, esto es lo señalado en el artículo 1 del decreto 1793 de 2000, y no existe Manual específico de funciones, como lo señala la misma institución en la resolución de la consulta realizada y anexada al expediente.
- b. Hacen parte de la misma carrera administrativa, pues todos, tanto profesionales, como los que fueron soldados voluntarios, ingresaron a la carrera del decreto 1793 de 2000, ya que como lo dice la entidad demanda en la contestación de la demanda, la ley 131 fue derogada, y los soldados voluntarios solo tuvieron dos opciones, retirarse de la institución, o manifestar la intención de hacer parte de la carrera administrativa de los soldados profesionales, previa aceptación del comandante de fuerza. Así lo dice el artículo 5: **“PARAGRAFO.** *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”

- c. Los dos soldados profesionales comparados, tanto los nuevos como los que había sido soldados voluntarios, ingresaron a la carrera administrativa después del 01 de enero de 2001. Véase el párrafo antes citado.
- d. Tienen el mismo cargo, dentro de esa carrera administrativa, que es el único dentro de la carrera administrativa creada por el decreto 1793 de 2000.
- e. Tienen las mismas obligaciones y responsabilidades, y así lo establece el articulado del decreto 1793 de 2000, que expresamente dice: artículo 5: **“PARAGRAFO. 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”** más adelante dice el **“ARTÍCULO 37. REGIMENES APLICABLES.** *Los soldados profesionales quedan sometidos al Código Penal Militar, al Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares y a las normas que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”* Y más adelante, con absoluta claridad señala la norma en mención: **“ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION.** *El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales”*
- f. En materia de prestaciones salariales, existe el mismo trato jurídico. Los saldos que antes fueron voluntarios, hoy devengan las mismas prestaciones salariales que fueron creadas para los soldados profesionales de la carrera administrativa, decreto 1794 de 2000, con excepción del porcentaje en el salario básico.

Soldados voluntarios de la Ley 131 de 1985 Y D.370/91 REMUNERACIÓN, PRIMA DE ANTIGÜEDAD, PRIMA DE NAVIDAD, CESANTÍAS, pero al pasar a ser soldados profesionales en la incorporación por medio de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003,71 por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales, inmediatamente empezaron a recibir el mismo trato jurídico que tiene mi poderdante, pues empezaron a devengar, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE VACACIONES PRIMA DE ORDEN PÚBLICO (casos específicos), VIVIENDA FAMILIAR, SUBSISIO FAMILIAR, prevendas que no tenían antes. Con esto queda sentado que el trato en materia salarial, con excepción del porcentaje en el sueldo básico, es exactamente el mismo para los dos soldados, una vez ambos fueron vinculados a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000.

Para explicar mejor, lo inmediatamente afirmado, presento la siguiente tabla, que podemos denominar las prestaciones sociales de los soldados profesionales, y de los soldados que era voluntarios.

	Soldados voluntarios Ley 131 de 1985 Y D.370/91, <u>ANTES DE INGRESAR A LA CARRERA DEL SOLDADO</u>	Soldados profesionales, tanto nuevos, como los que eran voluntarios, <u>DESPUÉS DE INGRESAR A LA</u>
--	---	---

	<u>PROFESIONAL DEL DECRETO 1793 DE 2000</u>	<u>CARRERA DEL SOLDADO PROFESIONAL DEL DECRETO 1793 DE 2000</u>
REMUNERACIÓN	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%	1 SMLMV incrementado en un 40%
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%
PRIMA DE NAVIDAD	1 SMLMV	½ SMLMV
PRIMA DE SERVICIOS	No tenían	½ SMLMV
PRIMA DE VACACIONES	No tenían	½ SMLMV
PRIMA DE ORDEN PÚBLICO (casos específicos)	No tenían	25% sobre el salario básico
VIVIENDA FAMILIAR	No tenían	Acceso a beneficios
SUBSISIO FAMILIAR	No tenían	4% del salario básico mensual por cada año de servicio hasta un máximo de 58%
CESANTÍAS	Una bonificación por año de servicios	Salario básico más prima de antigüedad por año de servicios

- g. NO existe un solo criterio, y tampoco está probado en este proceso, que mi poderdante tenga un trato diferente en el plano formal, frente al trato que reciben los demás soldados profesionales que antes fueron soldados voluntarios, con excepción de la diferencia de salario.

A pesar de esto estar probado en el proceso, a pesar de que la entidad demanda no lo desvirtúa, esto fue absolutamente omitido por el Despacho al momento de hacer el análisis del problema que debía resolver. Por esta razón la sentencia se aparta de una realidad jurídica que cubre a mi poderdante en las mismas condiciones que los otros soldados profesionales que en otrora fueron soldados voluntarios.

1.10. CARGO NOVENO CONTRA LA SENTENCIA

TESIS: El Despacho a pesar de que reconoce que en el expediente están probados los hechos que constituyen la igualdad material, se niega a reconocer lo pedido, tanto en sede declarativa como en sede de nulidad o excepciones y en sede de restablecimiento del derecho.

DEMOSTRACIÓN:

Empezamos por presentarle al Honorable Tribunal Administrativo la deficiente motivación de los hechos por parte del Despacho en la sentencia, lo que desde ya se debe decir, no se agota con transcribir los hechos que fueron presentados en la demanda, sino en presentar

cuales están probados o no, y la motivación que permita entender la justificación de dicha probanza.

HECHOS DE LA DEMANDA	CONTESTACIÓN DE DEMANDA	SITUACIÓN PROBATORIA
15. Mi poderdante, siempre, es decir, día tras día, desde que inició su labor como soldado profesional, ha venido realizado y ejecutado las mismas funciones en igualdad de condiciones que realizan los demás soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, y continúa haciéndolo.	“y valga reiterar que las funciones continuaron siendo las mismas. Independientemente de la denominación”	HECHO PROBADO. Por la vía del hecho aceptado.
16. Mi poderdante tiene asignadas y ejecuta las mismas funciones de los demás soldados profesionales miembros de la misma carrera administrativa, incluidos los que antiguamente se denominaban soldados voluntarios.	“Se reitera que la de denominación del personal de Soldados en voluntarios o profesionales, no incide en la relación con las funciones. Pues estas son las mismas y únicas.”	HECHO PROBADO. Por la vía del hecho aceptado.

El Despacho en la sentencia de aclaración deja ver que para su sentir los hechos del trabajo igual quedaron debidamente probados en el expediente. Pero a pesar de ello, se niega a proceder con la pretensión declarativa relacionada con las funciones, sin el más mínimo fundamento para ello. Rompiendo con el principio de congruencia interna de la sentencia, el cual la demandan una coherencia entre lo dicho en la motivación con lo dicho en la parte resolutive.

1.11. CARGO DÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA

TESIS: No existe una sola prueba, y tampoco existe probada una causal objetiva que justifique el trato de desigualdad que recibe mi poderdante, y a pesar de ello, el Despacho negó el reconocimiento del derecho pedido.

DEMOSTRACIÓN:

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, es unánime, y no acabaríamos de traer innumerables citas de ello, que no todo trato desigual es inconstitucional. Cuando la Corte, concretiza el derecho fundamental a la no discriminación dice lo mismo. No todo trato desigual es en sí violación al derecho de igualdad. Y dice que el trato desigual está permitido, ¡atención! **SIEMPRE Y CUANDO EXISTA UN CRITERIO OBJETIVO QUE JUSTIFIQUE DICHO TRATO.** En materia Salarial, no es ajena dicha tesis, pues con absoluta claridad lo señala en la **Sentencia SU-519/97, donde se dice:**

“(…) LA CORTE LO HA MANIFESTADO, NO SE TRATA DE INSTITUIR UNA EQUIPARACIÓN O IGUALACIÓN MATEMÁTICA Y CIEGA” (…)* *“SIN IMPORTAR LAS DIFERENCIAS FÁCTICAS ENTRE LAS SITUACIONES JURÍDICAS OBJETO DE CONSIDERACIÓN” (…)* *“TODA DISTINCIÓN ENTRE LAS PERSONAS, PARA NO AFECTAR LA IGUALDAD, DEBE ESTAR CLARA Y CIERTAMENTE FUNDADA EN RAZONES QUE JUSTIFIQUEN EL TRATO DISTINTO (…)”

El Despacho negó el reconocimiento del reajuste salarial pedido en aras de que se le ampare el Derecho fundamental de la igualdad, a mi poderdante, sin hacer un análisis mínimo de que criterios objetivos que justifique el tratamiento desigual estaban probados en el proceso. Además de que no hay una sola prueba de ello, y tampoco un solo criterio probado, emite un fallo en contra del ordenamiento jurídico que claramente le dice ***“DEBE ESTAR CLARA Y CIERTAMENTE FUNDADA EN RAZONES QUE JUSTIFIQUEN EL TRATO DISTINTO”***

Les ruego encarecidamente al Honorable Tribunal que revoquen este fallo, y procedan a restablecer el sagrado derecho de la igualdad que tiene mi poderdante, en materia salarial, pues existe una ausencia de pruebas y criterio objetivos que justifique el trato desigual que recibe.

1.12. CARGO UNDÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho, en la sentencia, desconoció la inversión de la carga de la prueba *ipso iure* y la **PRESUNCIÓN DE DISCRIMINACIÓN**, a favor de mi poderdante, y en contra de la entidad demandada quien debía probar que el trato desigual que ofrece a mi poderdante está basado en un criterio objetivo y exento de violación del derecho fundamental de la igualdad en cabeza del demandante.

DEMOSTRACIÓN:

La jurisprudencia de nuestra H. Corte Constitucional, acogiendo los avances probatorios del derecho europeo, de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, y de otras latitudes, reconoce la situación de hecho en que se encuentra la víctima de discriminación a la hora de probar la misma. No solo la reconoció, sino que le creo una situación jurídica especial para su prueba, pues estableció que la carga de la prueba de la justificación del tratamiento desigual estaba en cabeza del demandado, esto es, quien es acusado de realizar el trato desigual. Sabiendo que el Honorable Tribunal conoce de sobra es jurisprudencia, respetuosamente me permito citar algunas disposiciones, consignada en la Sentencia No. C-022/96:

Se tiene que nuestra H. Corte Constitucional, dijo en la Sentencia T-230/94:

“(…) si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato”

Así mismo, H. Corte Constitucional, dijo en la Sentencia T-335/00 algo que fue ratificado después en la sentencia T-079/95, y fue:

“[e]l afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación”

En una sentencia más reciente -Sentencia T-247 de 2010- dice, con absoluta claridad y siguiente la interrumpida tendencia, lo siguiente:

“EN LOS EVENTOS DE PRESUNTA DISCRIMINACIÓN RESULTARÍA INEQUITATIVO Y CONTRARIO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE LA CARGA PROBATORIA RECAYERA EXCLUSIVAMENTE SOBRE LA PERSONA QUE ALEGA SER VÍCTIMA DE DICHA DISCRIMINACIÓN, por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realiza la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se indicó, COLOCAN UNA CARGA PROBATORIA ESPECIAL EN EL ACUSADO, PUES ESTARÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR QUE SU CONDUCTA ES CLARAMENTE GARANTISTA DEL DERECHO DE IGUALDAD y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.⁹

En la sentencia T- 863 de 2011, la Corte fue más clara y su análisis fue más profundo, pues aseveró con total claridad, que la carga de la prueba la tiene quien es acusado del trato discriminatorio, *ipso iure*, si no, además, la consecuencia jurídica del incumplimiento de la carga probatoria por el demandado, dijo literalmente:

*“Todo lo cual quiere decir que, entonces, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, y eso puede hacerlo por ejemplo por medio de indicios. Si lo hace, ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar de manera aceptable que el acto no fue discriminatorio. **Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN.** Pues ese es, en efecto, el modo más equitativo de resolver problemas de discriminación, en los cuales suelen existir dificultades probatorias relevantes”*¹⁰

Como en innumerables oportunidades la Corte lo ha definido, la “discriminación encubierta”¹¹ tiene la problemática de que se presenta con una alta capacidad de camuflaje, y a su vez se presenta cuando con dicha situación se están discriminado varios actores, razón por la cual resulta enmascarada en el acontecimiento del diario vivir, como ocurre con el demandante, quien no solo es víctima de tal discriminación, sino también todos los demás soldados que se encuentran en las mismas circunstancias de salario.

Es claro, que el demandante sentó las bases, desde el punto de vista indirecto que vive una situación de discriminación, pues demostró la igualdad de trato en el plano formal que recibe con lo demás soldados comparados, demostró que tiene las mismas situaciones de formación, de retiro, de calificación, de prestaciones salariales, y a su vez, como quedó definido en la sentencia de aclaración, está demostrado que hace las mismas funciones,

⁹ Énfasis propio.

¹⁰ Énfasis propio.

¹¹ “Se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos” C-1258-2008

situación para que “ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia”, situación que fue abiertamente desconocida por el Despacho.

El Despacho, además, desconoció en la sentencia, la consecuencia jurídica del silencio probatorio que asumió la entidad en el proceso, pues dicha consecuencia jurídica, pasa a ser una PRESUNCIÓN que está claramente enunciada en las siguientes líneas: **Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN.**

En este proceso la parte demandada no satisfizo la carga probatoria radicada en su cabeza, ya que su actividad probatoria fue realizado en un profundo silencio probatorio, y como lo dijo en la contestación demanda, espera que sea este extremo quien pruebe, y aun así, el Despacho no aplicó la correspondiente consecuencia jurídica para tal inactividad, esto es: **“ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN”** por el contrario, fue todavía más drástico en afirmar, sin ningún soporte jurídico ni factico que no hubo discriminación.

Si el Despacho, hubiese sido riguroso y exhaustivo en su análisis jurídico y factico, hubiere comprendido¹² que la carga de probar el trato desigual lo tiene la entidad demandada, *“la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado”* C-022/96 y que la entidad demandada no probó absolutamente nada, por el contrario, optó por aceptar lo que éste extremo del proceso probara, y actuó bajo un silencio de prueba con relación a los criterios que justifican dicha desigualdad. Silencio que fue premiado con por el Despacho, pues obviando su posición de neutralidad en el proceso, desconoció dicha carga y se negó a reconocer lo pedido por el demandante, aunque debió tener **“POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN”**

1.13. CARGO DUODÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso la sentencia de desconocer abiertamente el artículo 53 de la Constitución política, específicamente *los siguientes principios mínimos fundamentales:* a. *Igualdad de oportunidades para los trabajadores;* b. *remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo;* c. *primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.* Dicho artículo dice:

“ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades

¹² Debo aclarar que, si lo comprendió, pues en la sentencia citó dicha obligación cuando trajo a colación la Sentencia No. C-022/96 *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.”* Lo que hizo fue desconocer dicha carga, restarle aplicación a la jurisprudencia constitucional, negarse a darle efectos a dicho mandato.

establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”

DEMOSTRACIÓN:

Siguiendo la metodología de subdividir, respetuosamente presentamos ante el Despacho, las siguientes consideraciones que demuestran el desacierto del fallo recurrido en esta oportunidad:

i. Igualdad de oportunidades para los trabajadores;

Los dos sujetos comparados hacen parte de la misma carrera administrativa, esto es, la del decreto 1793 de 2000. Carrera sui generis, pues solo tiene un cargo, lo que de entrada permite comprender que existe una igualdad entre los dos sujetos del juicio de igualdad, ambos soldados profesionales, vinculados a la misma carrera administrativa, y ostentan el mismo cargo.

*“Con el sistema de carrera se realiza más la igualdad, por cuanto **EL MERECIMIENTO ES LA BASE SOBRE LA CUAL EL EMPLEADO INGRESA**, permanece, asciende o se retira del empleo. Pero, como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia. Esta forma de igualdad, que es la propia del sistema de carrera, supone la equivalencia proporcional. Lo debido al empleado se determina en relación a **LA CAPACIDAD EXIGIDA POR EL CARGO Y A LA RELACIÓN DE LOS EMPLEADOS CON DICHAS EXIGENCIAS**. Lo que mide la igualdad en el sistema de carrera es la proporción entre los distintos empleados y las calidades requeridas para el cargo. Por tratarse de una igualdad o equivalencia, esa igualdad se determina por medidas objetivas, pero no debe pensarse que es posible establecer matemáticamente el valor de las cosas entre sí. ¿Cómo se fija la equivalencia? al no haber criterios naturales, los criterios son necesariamente convencionales: la estimación de las condiciones del candidato (...).
Sentencia C-195 de 1994 Corte Constitucional*

Los dos sujetos, repetimos, hacen parte del mismo cargo, y de la misma carrera administrativa, lo que indica que ambos se encuentran en un escenario de igualdad en “*la capacidad exigida por el cargo y a la relación de los empleados con dichas exigencias*”.

De no ser así, que ambos tienen la misma capacidad y cualidad exigida para ser vinculados a la misma carrera, ya sea por igualdad o por equivalencia, no serían los dos, sujetos comparados, soldados profesionales. Pero al existir dicha equivalencia, los dos sujetos, tienen las mismas condiciones de capacidad y cualidad.

Si embargo, a uno de dichos sujetos se le paga más por el mismo trabajo entregado a la entidad, y a otro, se le paga menos. Si bien la diferencia salarial está justificada para el soldado profesional que fue soldado voluntario ya que para él es un derecho adquirido, no es así para el soldado profesional, como el demandante, ya que no hay una justificación, de porque el soldado que no fue soldado voluntario deba soportar la carga realzar el mismo trabajo, por un salario inferior, al de sus pares en la carrera.

La sentencia desconoce la igualdad de oportunidades, a la que ya fue sometido el demandante, y que la entidad reconoció, al ingresarlo a la carrera administrativa del

decreto 1793 de 2000, pues al momento del ingresó, la entidad demandada, reconoce que el demandante, tiene las mismas condiciones y similar capacidad para ejecutar las funciones inherentes al único cargo de la carrera, y que tal circunstancia indica que el demandante es apto y va a desarrollar las mismas funciones en igualdad de condiciones con los demás miembros de la carrera administrativa ya vinculados, a pesar de que lo somete a entregar y aportar a la institución el mismo trabajo de los demás pero remunera un costo inferior.

Esa igualdad de condiciones en la que se encuentra el demandante con los demás soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, es la que desconoce el Despacho, con absoluta tranquilidad, y debido a dicha omisión, se tolera que la entidad, a pesar de ese trato de igualdad de condiciones, someta al demandante a percibir un salario inferior. Lástima que el Despacho a pesar de haber sido pedido en la demanda, no se haya pronunciado sobre esta situación.

ii. remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo;

La Constitución exige como *principio mínimo fundamental* que el trabajo sea remunerado de forma *proporcional a la cantidad y calidad* del mismo. Dicho principio no está sometido a la fecha de vinculación del servidor público, ni a la norma o contrato que sea aplicable a un trabajador u otro, pues así lo señala el mismo artículo constitucional cuando dice *“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*.

Lo que ordena este principio es que después de una medición del trabajo, tanto en calidad como en cantidad, el pago sea proporcional a tal medida. Sin embargo, en el presente caso, no colocamos en juicio la forma como se mide el trabajo por parte de la institución, sino que al haber dos personas, entregando el mismo trabajo a la institución, en igualdad de condiciones, el mismo es pagado de forma desproporcional, pues a unos se les paga, tanto el salario como todas las prestaciones, teniendo como básico el SMMLV incrementado en un 60% y a otros, se les paga la misma medida de trabajo en igualdad de condiciones el SMMLV incrementado en un 40%.

Pareciera que el Despacho entiende en la sentencia que el hecho de que el trabajador se vinculó en fechas diferentes, entonces, es hechos justifica el pago desproporcional del trabajo que recibe, situación que es contraria al precedente constitucional, pues lo que importa en esta disposición constitucional es la proporcionalidad entre la medida del trabajo y el respetivo pago.

Pero la fecha de vinculación, solo es un criterio formal, que no tiene la capacidad de soportar y justificar la violación al derecho de igualdad, y mucho menos el pago desproporcional del trabajo, situación que ha sido claramente manifestada por nuestra H. Corte Constitucional, cuando dice con absoluta claridad:

*“[L] a existencia de una diferencia salarial entre trabajadores que se encuentran en similares condiciones, debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad. Ahora, **ESA DIFERENCIA NO PUEDE SUSTENTARSE EN ARGUMENTOS MERAMENTE FORMALES COMO LA FECHA DE VINCULACIÓN A UN CARGO** [...]”*. Sentencia T-097 de 2006

Es claro que, si el demandante no recibe el salario proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, pues a otros en mismas circunstancias se les paga más, por los mismo, los derechos fundamentales de la *remuneración mínima vital y móvil* son claramente constreñidos por la entidad.

iii. primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Finalmente como lo acabamos de citar, la fecha de vinculación del demandante, es una situación meramente formal, que no reviste la seriedad y el peso suficiente, para permitir el agravio de los derechos laborales del demandante, como la igualdad, la justicia salarial, el principio de igualdad de oportunidades y la proporcionalidad del salario, pues la diferencia salarial de la que es víctima dice la Corte **“ESA DIFERENCIA NO PUEDE SUSTENTARSE EN ARGUMENTOS MERAMENTE FORMALES COMO LA FECHA DE VINCULACIÓN A UN CARGO”**

Es la realidad, la que se le describió en el hecho 15 y ss de la demanda la que debe tener en cuenta el Despacho, para determinar la proporcionalidad del trabajo, y no la mera formalidad de la vinculación, pues es abiertamente claro para la Constitución que *“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”*

Ya sea porque el acto administrativo sea contrario a la Constitución, o porque el diseño de los decretos reglamentarios lo es, lo relevante es que la administración al no reconocerle y pagarle al demandante un salario proporcional a su trabajo y el Despacho al permitir y justificar tal actuación, es la constitución política la directamente trasgredida, de forma especial su artículo 53 y 11.

De esta manera, el fallo del Despacho, es abiertamente contrario a los *principios mínimos fundamentales* establecidos en el artículo 53 de la Constitución política nuestra, razón más que suficiente para revocar el fallo, y acceder a las pretensiones de la demanda, ya sea en sede de nulidad, o en sede de excepción de inconstitucionalidad, pero siempre con el restablecimiento del derecho de la diferencia salarial.

1.14. CARGO DÉCIMO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho tuvo por probado, sin estarlo, la existencia del pago proporcional al demandante de un salario acorde a la cantidad y calidad de trabajo que aporta a la institución.

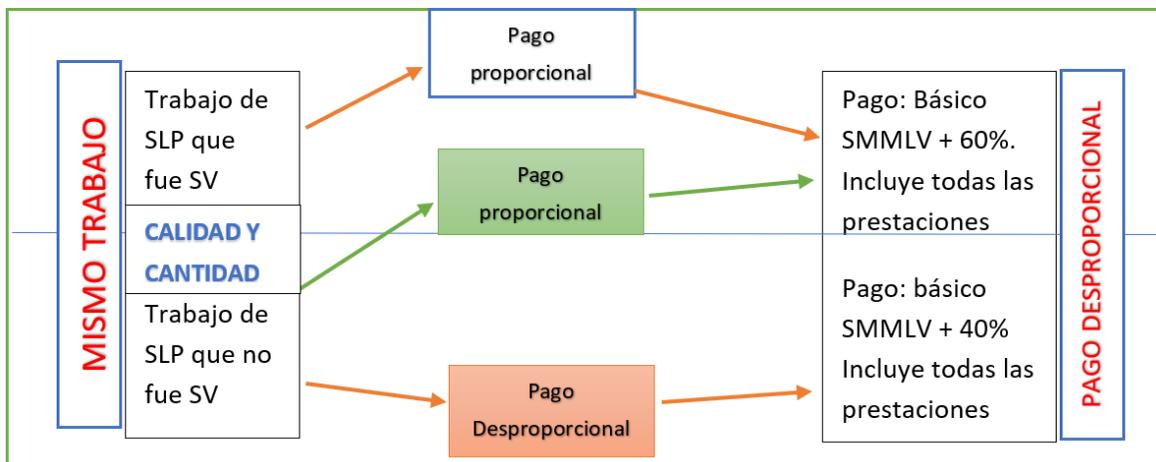
DEMOSTRACIÓN:

Como le hemos dicho, está probado que el demandante ejecuta las mismas funciones que los demás soldados profesionales, vinculados al único cargo de la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, tanto desde el punto de vista material como desde el punto de vista jurídico, pues si el mérito, es el corazón de la carrera administrativa, la entidad al vincular a los dos soldados al mismo cargo, está reconociendo que tiene las mismas condiciones de capacidad para cumplir las funciones.

Sin embargo, como lo hemos dicho, ambos funcionarios, reciben por el mismo trabajo, un salario totalmente diferente, mientras que unos reciben como básico el SMMLV

incrementado en un 60% y sobre ello todas sus prestaciones, otros reciben como como básico el SMMLV incrementado en un 40% y sobre ello todas sus prestaciones.

De acuerdo al anterior cargo, la entidad demanda debió probar, como causal de justificación, que el salario que recibe mi poderdante es proporcional a la calidad y cantidad de trabajo que mi poderdante aporta a la institución, y que, a su vez, el trabajo que aporta los demás soldados profesionales que fueron voluntarios, es proporcional al pago incrementado en un 20% adicional al que recibe mi poderdante, para de esa manera justificar la diferencia salarial en detrimento del derecho y patrimonio del demandante.



Todo esto, en el marco del juicio de igualdad que le he ha pedido al Despacho, pues desde el punto de vista fáctico y jurídico, los dos sujetos comparados, están en igualdad de condiciones, tanto fácticas como jurídicas, sin embargo, el salario es inferior para mi poderdante, lo que es un agravio al principio "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo" contenida en el artículo 53 del Constitución Política, que analizaremos a continuación.

2. CON RELACIÓN A LA PRIMA DE ACTIVIDAD

2.1. SENTENCIA RECURRIDA

Respetuosamente, transcribimos parte de la sentencia, específicamente lo que tiene que ver los fundamentos que utilizó el Despacho para analizar, de forma incompleta, lo relacionado con el reconocimiento la prima de actividad, es importante señalarle al Honorable Tribunal, que en caso de que se encuentre algún error en esta transcripción se acuda a lo dicho en la audiencia y en el acta de la misma.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADICIONADA

a. Con relación a la solicitud por parte de la parte actora en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de la Prima de Actividad para los soldados e infantes de marina profesionales, fundamentada en la vulneración al derecho a la igualdad, será negada en razón a que el régimen prestacional aplicable a los soldados profesionales del Ministerio de Defensa Nacional está contemplado en el Decreto 1794 de 2000, el cual establece que dicho personal sin distinción alguna además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, cesantías y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico sin incluir la prima de actividad reclamada.

En relación a los soldados profesionales y a los demás funcionarios Militares y civiles del Ministerio de Defensa se predica una distinción que tiene sustento en los diferentes rangos que operan dentro de la jerarquía organizacional de la Fuerza Pública, además también obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos, así como a la naturaleza y funciones de cada cargo tal como lo dispone la Ley 4° de 1992, circunstancias que permiten que en materia salarial se establezcan tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, es decir, que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución.

Dicho régimen no contempla la prima de actividad como prestación social a devengar por los soldados profesionales, consideración que es conocida por el apoderado de la parte actora al solicitar la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad, conforme al artículo 4 de la Constitución, del Decreto 1794, para que en su lugar se aplique el Decreto 1211 de 1990 o 1214 de 1990, que establece el reconocimiento de dicha prestación tal como lo indica en los fundamentos jurídicos de la demanda.

En tal virtud, el apoderado de la parte actora señala la aplicación de la excepción haciendo referencia a la vulneración del derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa.

No obstante para el despacho no se presenta la alegada vulneración por las siguientes razones:

Según lo preceptuado por la Corte Constitucional⁷ en materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, resaltando que el derecho a la igualdad se predica entre iguales a contrario sensu ante diferentes supuestos de hecho no es posible otorgar el mismo trato, que el derecho a la igualdad se predica entre iguales y no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, pues ciertamente las calidades que se exigen a las personas y responsabilidades, son factores que justifican de suyo la diferencia.

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

En tal sentido los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido 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 exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial.

Por lo anterior, la circunstancia que a los soldados profesionales del Ministerio de Defensa, conforme a su régimen salarial y prestacional, no se les tenga en cuenta la prima de actividad, como si se les reconoce a los oficiales y suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional se encuentra justificada en que

no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad además también obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos como lo dispone la Ley 4 de 1992.

Las anteriores consideraciones permiten señalar que en materia salarial se establezcan tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad es decir que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido de la Fuerza Pública para el ingreso los distintos regímenes en la Institución.

Como conclusión a todo lo anterior para el despacho no existe vulneración a prerrogativas constitucionales que faculte al Juez a desconocer una norma de inferior jerarquía, Decreto 1794 de 2000, en procura de respetar la Constitución, para en su lugar dar aplicación a los decretos que, si contemplan como prestación de los funcionarios del Ministerio de Defensa, en consecuencia, dicha pretensión será negada.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADITIVA

Sobre el numeral 6.

Sobre la prima de actividad en resumen sostuvo el demandante que el acto demandando no se fundamentó en el principio de igualdad en tanto oficiales, suboficiales y soldados, tiene la misma condición de igualdad, en lo que tiene que ver con ser miembros de la fuerza armada de Colombia, más no en la jerarquía de mando, por lo que no se justifica que cumpliendo la condición general de encontrarse en servicio no se les reconozca la prima señalada en iguales condiciones con los oficiales y suboficiales, actuación que considera también violatoria de la prohibición de no discriminación.

El despacho consideró sobre este particular que la no inclusión de los soldados profesionales como beneficiarios de la prima de actividad en relación con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, no constituye per se un tratamiento discriminatorio y por ende no vulnera el derecho de igualdad, puesto que no se trata de individuos iguales ante la ley, dado que ostentan responsabilidades y funciones distintas entre sí y teniendo en cuenta que en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones de ingreso y capacidades que desempeñen las mismas funciones, la ausencia de estos supuestos necesarios conduce a que no se pueda predicar la violación del derecho a la igualdad, pues no solo puede tenerse en cuenta la condición en que se reconoce la prima de actividad en razón a que para encontrarse dentro de los presupuestos para ser beneficiario es únicamente encontrarse activo, sino que debe estudiarse también a quienes va dirigida la norma, por lo que estima el despacho que no se puede predicar igualdad entre desiguales, caso diferente nos ocuparía si esta distinción se predicara entre soldados voluntarios vinculados como profesionales y soldados profesionales que no ostentaron la calidad de voluntarios.

Por otra parte se adicionará a la sentencia que de acuerdo con el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, la definición de salario y prestaciones sociales y su régimen jurídico es propio de la ley, es decir que existe una reserva legal de competencia delegada al Congreso de la República, por lo que no le corresponde al despacho el estudio de las causales por las cuales el legislativo no ha

creado la prima de actividad en favor de los soldados profesionales, como si lo hizo en favor de los oficiales y suboficiales.

Sobre la negativa a declarar la pretensión de 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, el despacho sostuvo que consideró sobre este particular que la no inclusión de la prima de actividad en favor de los soldados no constituye per se un tratamiento discriminatorio y por ende no vulnera el derecho de igualdad, puesto que no se trata de individuos iguales ante la ley, dado que ostentan responsabilidades y funciones distintas entre sí y teniendo en cuenta que en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones de ingreso y capacidades que desempeñen las mismas funciones, la ausencia de estos supuestos necesarios conduce a que no se pueda predicar la violación del derecho a la igualdad, pues no solo puede tenerse en cuenta la condición en que se reconoce la prima de actividad en razón a que para encontrarse dentro de los presupuestos para ser beneficiario sea únicamente encontrarse activo, sino que debe estudiarse también a quienes va dirigida la norma, por lo que estimó el despacho que no se puede predicar igualdad entre desiguales; así mismo se consideró adicionar a la sentencia que de acuerdo con el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, la definición de salario y prestaciones sociales y su régimen jurídico es propio de la ley, es decir que existe una reserva legal de competencia delegada al Congreso de la República, por lo que no le corresponde al despacho el estudio de las causales por las cuales el legislativo no ha creado la prima de actividad en favor de los soldados profesionales, como si lo hizo en favor de los oficiales y suboficiales.”

2.2. CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la sentencia de ser incongruente de la forma citra petita, ya que no resolvió lo que se planteó de la demanda con relación al criterio de comparación.

DEMOSTRACIÓN:

No tuvo en cuenta los parámetros de comparación señalados en la demanda, allí se le pidió que la comparación se hiciera con base en el punto en común de los tres grupos, esto es, que pertenece a las fuerzas militares, fuerza ejército nacional. EL Despacho, en la sentencia no solamente no lo tuvo en cuenta, sino que tampoco dijo por qué razón no debía tenerse en consideración dicho parámetro, a excepción de que por que no había un norma específica que dijera que se podía dar ese trato, el mismo no se podía dar, situación que parece simpática pues de aceptarse una tesis como esta, solo es posible hacer una comparación cuando haya una norma que trate igual a otros, no podría hacerse una comparación cuando es la misma ley la que genera el trato desigual. “*al no existir normatividad específica que permita tratar como jurídicamente iguales a los soldados profesionales con relación a los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, se observa que la entidad demandada no ha vulnerado el derecho a la igualdad como lo argumenta la parte demandante*” como si por ese solo hecho, entonces no hubiera violación al derecho de la igualdad. ¿Qué ocurre entonces, cuando es la misma norma que genera el trato diferencial? O, en otras palabras, cuando la norma no da el mismo trato de igualdad a los dos extremos de la comparación. Al parecer al Despacho, ese solo acontecimiento justifica la violación del derecho de la igualdad, cuando solo es mirar la jurisprudencia de la Corte Constitucional

para descubrir que el derecho a la igual se viola incluso cuando no hay una norma que da trato igual, o lo que es lo mismo genera desigualdad.

El juicio de igualdad indica que para que sea procedente realizarse, se debe establecer *a priori* una igualdad entre los sujetos comparados. La lógica enseña, que la comparación se puede hacer por varios criterios, y se predica igualdad si las partes comparten dicho criterio. Así, por ejemplo, los dos grupos los puedo comparar bajo el criterio de edad, o de sexo, o de origen, o de antigüedad, o de formación, o de responsabilidad, obligaciones, como quiere el Despacho, de acuerdo a las funciones que desarrollan cada uno de ellos.

En la demanda se le presentó el siguiente criterio de igualdad, de acuerdo a un punto común que tienen los dos grupos, y que ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico en reiteradas oportunidades¹³, esto es que los dos grupos comparados, tienen en común que hacen parte de las fuerzas militares y por tal razón si se pueden comparar, pues tienen igualdad en eso.

Al Despacho se le dijo, que en reiteradas ocasiones, los soldados han sido comparados, con los oficiales y suboficiales, bajo el criterio de pertenecer a las fuerzas militares, por la jurisdicción contenciosa administrativa, pero hizo caso omiso a ello, sin pronunciarse sobre dicha tesis, ni tampoco decir porque la descartaba, y en su lugar realizó una comparación que no fue pedida por las partes.

Si el Despacho se hubiere detenido en la demanda, tal vez, hubiera hecho algún pronunciamiento de fondo, repito, acogiendo o descartando lo pedido, pero en ambos casos le hubiese permitido a mi poderdante ejercer el derecho de defensa, de debido proceso, de disentir de la motivación que hubiere tomado el Despacho.

Entonces, además de tal omisión, está, entonces demostrado que si es posible la comparación bajo ese criterio para determinar o no la igualdad.

2.3. CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA.

CARGO: acuso a la sentencia de incurrir en un error de tipo conceptual entre la naturaleza jurídica del salario y la naturaleza jurídica de la prestación salarial.

Confunde la naturaleza jurídica de la prima de actividad, con la retribución de a trabajo igual salario igual.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2012, Radicación: 05001-23-31-000-2002-00672-01(1020-10). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación: 66001233300020120006001 (2681-2013), Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00299-01(1085-14). Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de septiembre de 2016, radicado: 41001-23-31-000-2010-00308-01(4373-14). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 28 de octubre de 2016, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00432-01(4826-14). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de diciembre de 2016, radicado: 81001-23-33-000-2014-00036-01(2405-15). Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2014-00278-01(2801-15). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00564-01(2114-14), Actor: Jesús Elías Silva Leiva, Ana Isabel Parra Contreras y radicado: 47001-2333-000-2013-00006-01(2708-14), Actor: Aida Leonor Mercado Bocanegra y José Encarnación Díaz Silvera. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 23 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00534-01(2146-15), Actor: Hipólito Dávila Sierra, y, radicado: 68-001-23-33-000-2014-00209-01 (4980-2014), Actor: Clelia Roperero Niño. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 de mayo de 2017, radicado: 540012333000201300166-01 (0642-2015), Actor: Ana Rita Melgarejo de Galvis.

a. Naturaleza jurídica de las primas salariales.

El **DICCIONARIO DE DERECHO LABORAL**, de Raúl Chávez Castillo, volumen 4, editado por **OXFORD** en lo que tiene que ver con la entrada de la palabra prima, dice: “Prima. (Del fr. Prima – lat. Praemium = premio.) Dinero que se da como **estímulo o recompensa**¹⁴”

El diccionario del destacado profesor de derecho laboral en toda Iberoamérica, Guillermo Cabanellas, dice en lo que respecta a la entrada prima: “Llámesese también **PREMIO**¹⁵. Sobresueldo que el trabajador percibe por una producción mayor o mejor.”

En el Nuevo Diccionario Etimológico Latín-Español y de las voces derivadas, del profesor Santiago Segura Monguía, siguiendo la etimología descrita en el **DICCIONARIO DE DERECHO LABORAL**, antes citado, se lee para la entrada Preamium lo siguiente: “Preamium- i: Lo que se toma antes que los demás; ventaja, prerrogativa, privilegio, beneficio, favor”.

Desde el punto de vista del derecho laboral, como desde el punto de vista etimológico, la Palabra Prima, tiene un mismo significado. Es un premio o estímulo, es un privilegio, pagado en dinero.

Más no es una contraprestación directa por el trabajo devengado, en misma proporción como lo es el Salario. Ya que las primas no siempre se pagan por remuneración directa de la proporción de trabajo recibido por el empleador. Por ejemplo, la prima de calor¹⁶ no se paga por la cantidad o calidad del trabajo realizado, sino por las circunstancias como se preste el trabajo. Lo mismo la prima de orden público. Misma situación ocurre con la prima de navidad, o de vacaciones.

b. Criterios objetivos de escogencia.

ELEMENTOS DE LA NORMA	
1. Supuesto de Hecho	2. La Consecuencia Jurídica

Desde la academia, y desde la doctrina del derecho, se ha dicho, casi al unísono, que las partes de la norma, entre otras son el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, esta última como respuesta jurídica a la realización del supuesto factico fijado por la norma.

*“Toda norma jurídica contiene dos términos: una proposición hipotética y una consecuencia asignada a la realización de tal supuesto. El primer cuerpo es una descripción o juicio condicional; un hecho o un conjunto de hechos, dentro de un determinado marco de circunstancias; en tanto que el segundo es el mandamiento de un efecto o resultado jurídico para el caso de que en la práctica concurren todos los elementos de la hipótesis. Así, así cuando e conjunto de hechos y circunstancias que conforman el supuesto se encuentra completo, el juicio deja de ser hipotético para convertirse en imperativo o incondicionado. El supuesto de hecho de la norma (factum, Tatbestand, état de cause o fattis-pesie) puede estar confirmado por varios elementos o ser simple, y su integración depende, en últimas, del arbitrio legislativo.”*¹⁷

En el supuesto factico de la norma jurídica que crea una prima, se establecen esas condiciones objetivas que debe cumplir los destinatarios, y en caso de no ser cumplidos, sencillamente no son gobernados por tal norma, pues los hechos sencillamente no se dieron en la realidad objetiva.

c. Régimen de primas para oficiales y suboficiales.

¹⁴ Énfasis propio.

¹⁵ Énfasis propio.

¹⁶ Art. 89 del decreto 1211 de 1990.

¹⁷ HINESTROSA, Fernando: Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. Editorial: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Tomo I. Pág. 38-39.

Hay en el régimen jurídico que regula las primas salariales para los oficiales y suboficiales, una serie de primas que solamente pueden ser devengadas por los sujetos destinatarios de ellas, pues solo ellos, cumplen el supuesto de hecho de las normas jurídica que regulan dicha actividad. Por ejemplo, en el caso de la Prima de bucería, un soldado profesional no tiene tal actividad y formación, lo que lo excluye de dicha prima. Y esa exclusión si no es violatoria del derecho a la igualdad, pues existe un criterio objetivo para infringir el derecho fundamental, criterio que es claramente constitucional. Lo mismo podemos decir de la prima de Prima de calor, de la Prima de comandos.

Hay dos primas que tiene una incidencia importante, y que respetuosamente rogaría la atención del H. Tribunal. Una es la Prima de estado mayor y la otra es la Prima para oficiales del cuerpo administrativo.

Estas primas no son a pesar de que están consagradas para los oficiales, dichas primas excluyen a unos oficiales, a los suboficiales y los soldados profesionales. Pero dicha exclusión está justificada en pertenecer al “estado mayor” o al “cuerpo administrativo” es decir, que hay un criterio objetivo de exclusión. A demás un soldado profesional, como mi poderdante, no hace parte del al “estado mayor” o del “cuerpo administrativo” que es el supuesto de hecho establecido en la norma, y mal haría en pretender dicha remuneración, pues es claro, que no tiene la más mínima posibilidad de prosperar.

d. Régimen común de primas para oficiales, suboficiales y soldados profesionales.

Ahora, ruego, con vergüenza otra vez la atención del H. Tribunal, acá. Hay unas primas que comparten los oficiales, los suboficiales, y los soldados profesionales, por dos razones, de un lado por ser miembros de la institución, y por otra, porque los supuestos de hecho para ganar dichas primas, ambos grupos los comparte. Tal es el caso de la Prima de antigüedad, de la Prima de navidad, de la Prima de orden público, así como de la Prima de vacaciones.

Por ejemplo, si con la prima de antigüedad se premia la permanencia en el tiempo de funcionario en la institución, no sería justo que un soldado ganara dicha prima, es decir fuera premiado por permanecer en la institución, y un oficial y un suboficial no fuera premiado por lo mismo que es el soldado profesional, a pesar de que permanecer en la institución.

Vean ustedes que lo que premia de la prima de antigüedad no es el desarrollo de X o Y funciones, tampoco es una retribución directa del salario devengado, sino un premio que tienen todos los grupos, oficiales y suboficiales junto con los soldados profesionales por estar permanecer en el tiempo vinculados a la institución.

Lo mismo podemos decir de la prima de navidad, o de vacaciones, sería injusto que a un oficial o suboficial no se le pagara dicha prima, mientras que a los soldados si se les pagara, a sabiendas que lo que se premia allí es la navidad, y las vacaciones. Excluir a un suboficial de la prima de navidad, es como decirle que para él no hay navidad.

Eso es lo que pasa con la prima de actividad, ella está establecida para premiar que ellos “permanezcan en el desempeño de sus funciones”, y al no reconocerla para el soldado se le está diciendo que no se le valora su permanencia en el desempeño de sus funciones. Por esta razón que el Despacho no quiere ni siquiera estudiar a fondo, es que el derecho fundamental de no discriminación de mi poderdante, ha sido conculcado, pues no hay un

criterio objetivo probado en el proceso que permita justificar, con grado de certeza y razonabilidad, que su derecho fundamental a la igualdad no ha sido vulnerado.

2.4. CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Desconoce que el demandante acredita las condiciones de hecho del supuesto hipotético de la norma que contempla la prima de actividad para los oficiales y suboficiales.

DEMOSTRACIÓN:

Confunde el supuesto de hecho, con la normatividad que rige a unos y otros, y con que están en *diferentes niveles de jerarquía, rango, entre otros*. El supuesto de hecho es Diferente, respetado *a quo*. El supuesto de hecho, es aquella porción de la realidad objetiva que el ordenamiento abstrae para que quienes allí se encuentren, extender unos efectos jurídicos a esa situación fáctica. Y eso nada tiene que ver con las normas que regulan a una persona.

El supuesto de hecho, que se le reclama al Despacho, no es el de rango o cargo, sino es el que las normas de la prima de actividad, escogieron para pagar dicha prestación social.

NORMA	SUPUESTO DE HECHO	CONSECUENCIA JURIDICA
Decreto 1214 de 1990	“mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”	“tienen derecho a una prima de actividad”

Este es el Supuesto de hecho que la norma establece, “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones” y es claro que la parte demandante, si está en ese supuesto de hecho. Ahora, será distinto si no tiene derecho a la consecuencia jurídica, esto es “tienen derecho a una prima de actividad”, por motivos diferentes.

Pero lo que no es verdad, y carece de todo fundamento es que el demandante, no se encuentre en el mismo supuesto de hecho que la norma contempla para los oficiales y suboficiales, “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones” decir lo contrario es señalar que el demandante no ha desempeñado sus funciones, no dice cuales, sino sus funciones, luego entonces aquí en Respetado Despacho se aparta de la verdad.

Desde ya anuncio algo, los oficiales y los suboficiales, a pesar de que tienen diferentes *niveles de jerarquía, rango, entre otros*, como formación, experiencia, están todos, en el supuesto de hecho que la norma establece, “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”, para que se les extienda la consecuencia jurídica de tal situación, esto es: “tienen derecho a una prima de actividad”. De aquí se puede ver con meridiana claridad, que estar en el supuesto de hecho de la norma que contempla la prima de actividad, no tiene nada que ver con los *niveles de jerarquía, rango, entre otros*, pues si eso fuera así, tanto oficiales como suboficiales que son diferentes en todo, no tendrían derecho a devengar la prima de actividad, o la estarían devengado de forma ilegal, de acogerse la tesis del despacho.

Así pues, lo señalado acá, no tiene solidez fáctica suficiente como para servir de premisa a la sentencia, como pretende hacerlo ver el Despacho. Quiero ser reiterativo, el demandante si está en el supuesto de hecho que contempla la norma jurídica de la prima de actividad, esto es mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”. Cosa distinta es que se

le niegue el derecho de la prima de actividad por otra situación jurídica, pero que el demandante ha desempeñado de sus funciones, es cierto, o ¿cuál es la prueba que el despacho analizó para determinar qué no?

La distinción entre la naturaleza de la prima y el salario no es una distinción producto de una interpretación desfigurada del suscrito abogado, es con base en lo que el legislador señala dentro de la relación laboral. Como apoderado, no puedo cambiar la naturaleza jurídica del salario por el de una bonificación. El Despacho debe respetar esa situación, y evitar sesgos subjetivos de animadversión hacia las pretensiones de la demanda.

Con el debido Respeto del Despacho, pero la norma es clara al diferenciar el supuesto de hecho necesario para devengar la prima de actividad, esto es “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”, sin especificar alguna función específica en cantidad o calidad, y si el “legislador no distingue, al interprete le es vedado”.

Si el “legislador” no tuvo en cuenta, al momento de establecer los requisitos para devengar la prima de actividad, esto es “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”, criterios de calidad y cantidad de funciones, ¿por qué el Despacho si los tiene? ¿no es esto, un escenario de actuación contra lo señalado en la literalidad de la norma? ¿Qué justifica que el Despacho, le aplique normas de salario, “trabajo igual, salario igual” a una situación que no tiene la condición salarial, sino prestacional?

Respetado Despacho, el Honorable Consejo de Estado, en muchas oportunidades ha analizado la igualdad entre oficiales y suboficiales, con los soldados profesionales, teniendo de por medio prestaciones sociales y salariales, y a ajustado la desigualdad que existía, sin tener en cuenta la diferencia de funciones que presta uno y otro, todo porque, con sabio entender, diferencia la naturaleza de la cosa comparada, por ejemplo, en la sentencia del subsidio de familia de los soldados profesionales dijo:

*“La Sala encuentra además que la medida contenida en el decreto 3770 de 2009 encarna en sí misma un acto discriminatorio. Discriminación que se presenta en dos posibles hipótesis normativas: (i) respecto de los soldados profesionales que dentro del término de vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 hubieren adquirido el derecho subjetivo al subsidio familiar por haber contraído matrimonio o constituir unión marital de hecho, frente a los soldados profesionales que teniendo el reconocimiento al derecho objetivo no hubieren alcanzado el expreso reconocimiento al derecho subjetivo, existiendo la probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, dentro del lapso en el que el artículo 11 ibídem se mantuvo vigente, por encontrarse incursos en una expectativa legítima; y (ii) **en relación con los soldados profesionales** que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a la prestación del subsidio familiar, frente a los soldados profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo, **COMO RESPECTO DE LOS SUBOFICIALES Y OFICIALES A QUIENES SE LES RECONOCE DICHO DERECHO OBJETIVO.***

(...)

*Ahora bien, en relación con la segunda hipótesis normativa mencionada, esta Corporación ha precisado anteriormente **que existe un trato discriminatorio entre los miembros efectivos del ejército nacional con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009, EN LA MEDIDA EN QUE SUBSISTE EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN SOCIAL DEL SUBSIDIO FAMILIAR A LOS SUBOFICIALES Y***

OFICIALES DEL EJÉRCITO Y NO A LOS SOLDADOS PROFESIONALES. De manera que el Consejo de Estado ha inaplicado, con efectos interpartes, disposiciones contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, por considerar que **CONLLEVAN A PRIVILEGIAR UN TRATAMIENTO DESIGUAL ENTRE IGUALES, EN RELACIÓN CON LA INCLUSIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO FACTOR PRESTACIONAL AL MOMENTO DE LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES Y DE LOS OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES,** toda vez que por mandato del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, solo se reconoce dicha posibilidad cuando quien se retira del ejercicio ha prestado servicios como suboficial u oficial de las fuerzas militares.”

En esta oportunidad, por ejemplo, se comparó la discriminación de los soldados profesionales que no tenían subsidio de familia, con relación a los oficiales y suboficiales que si lo tenían. El H. Consejo de Estado, encontró que dicha ausencia del subsidio de familia era discriminatoria para los soldados, ya que los oficiales si la tenía.

La pregunta que se debe cotejar el Despacho es: ¿por qué el H. Consejo de Estado, comparó a los oficiales y suboficiales con los soldados profesionales en el marco de una prestación social, sin tener en cuenta que los dos grupos hacen funciones diferentes? ¿Por qué no realizó el juicio de igualdad en la modalidad “trabajo igual, salario igual”? LA Respuesta es sencilla, porque, el subsidio de familia tiene la naturaleza jurídica de ser una prestación social y no un salario. Eso mismo ocurre acá, la prima de actividad tiene la naturaleza de ser una prestación salarial, y no se ser salario, y por tal razón no se le puede aplicar el test de igualdad en la modalidad “trabajo igual, salario igual” cambiando la naturaleza jurídica de la prima a salario.

No es una interpretación caprichosa, “No es lo mismo detesto los libros que los libros de texto”, igualmente, no es lo mismo igualdad salarial que igualdad prestacional. Pareciera que el Despacho no tiene claro el contenido del derecho fundamental a la igualdad. LA primera, igualdad salarial, fue invocada en el presente proceso en relación con la diferencia de salario que hay en entre mi poderdante y los demás soldados profesionales que fueron voluntarios; la segunda, igualdad prestacional, fue invocada en la presente demanda con la relación a la prima de actividad, y la diferencia que se presenta con los oficiales y suboficiales.

2.5. CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA.

La entidad demandada no presentó ninguna excepción en la contestación de la demanda, ni probó ningún criterio objetivo de justificación del derecho a la no discriminación, situación que no tuvo en cuenta el Despacho, máxime cuando la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha dicho:

Sentencia T-247 de 2010- dice, con absoluta claridad y siguiendo la interrumpida tendencia, lo siguiente:

“EN LOS EVENTOS DE PRESUNTA DISCRIMINACIÓN RESULTARÍA INEQUITATIVO Y CONTRARIO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE LA CARGA PROBATORIA RECAYERA EXCLUSIVAMENTE SOBRE LA PERSONA QUE ALEGA SER VÍCTIMA DE DICHA DISCRIMINACIÓN, por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realiza la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se

indicó, **COLOCAN UNA CARGA PROBATORIA ESPECIAL EN EL ACUSADO, PUES ESTARÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR QUE SU CONDUCTA ES CLARAMENTE GARANTISTA DEL DERECHO DE IGUALDAD** y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.¹⁸

En la sentencia T- 863 de 2011, la Corte fue más clara y su análisis fue más profundo, pues aseveró con total claridad, que la carga de la prueba la tiene quien es acusado del trato discriminatorio, *ipso iure*, si no, además, la consecuencia jurídica del incumplimiento de la carga probatoria por el demandado, dijo literalmente:

*“Todo lo cual quiere decir que, entonces, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, y eso puede hacerlo por ejemplo por medio de indicios. Si lo hace, ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar de manera aceptable que el acto no fue discriminatorio. **Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN.** Pues ese es, en efecto, el modo más equitativo de resolver problemas de discriminación, en los cuales suelen existir dificultades probatorias relevantes”*¹⁹

En el proceso que nos convoca, esto fue ignorado con absoluta tranquilidad por el Despacho.

2.6. CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA

Entiende este apoderado, que el despacho asume en la sentencia El criterio de que las funciones de los oficiales y suboficiales son diferentes a las que presta el soldado profesional, y que, por eso, es justificado el trato de exclusión de la prima de actividad. Y soporta tal justificación, en sendas sentencias judiciales. Bajo ese entendido, respetuosamente disintimos del Despacho, pues en nuestro sentir, ello no es un criterio objetivo que justifique la desigual.

Con la venia del H. Tribunal, me permito explicar lo siguiente:

Como se dijo en el hecho 1 de la demanda, la fuerzas militares están organizadas de forma jerárquica, y si la miramos de forma ascendente en la base están los soldados profesionales, que básicamente tienen la misión de ser operadores, enseguida encontramos los suboficiales que tiene la funciones y tarea de ser apoyo para los oficiales, en la ejecución de las decisiones tomadas por estos; y en la cúspide de la jerarquía tenemos a los oficiales, quienes tiene la misión de orientar, dirigir, y planear las estrategias convenientes para la misión de la institución.

Respetuosamente quiero presentar las siguientes tablas, en donde se especifican con meridiana claridad, los cargos y grados que tienen los oficiales y suboficiales dentro del Ejército nacional.

¹⁸ Énfasis propio.

¹⁹ Énfasis propio.

En primer momento, así está conformada el grupo de los **SUBOFICIALES**:

SUBOFICIALES	CABOS	Cabo tercero
		cabo segundo
		Cabo primero
	SARGENTOS	Sargento segundo
		Sargento vice primero
		Sargento primero
		Sargento mayor
		Sargento mayor de comando

En segundo momento, así está conformada el grupo de los **OFICIALES**:

OFICIALES	OFICIALES MENORES	Subteniente
		Teniente
		Capitán
	OFICIALES MEDIANOS	Mayor
		Teniente coronel
		Coronel
	OFICIALES MAYORES	Brigadier general
		Teniente general
		General comandante.

De esta forma de organización de la entidad, podemos extraer varias cosas.

De un lado, dicha organización corresponde a una organización racional de los recursos humanos de la institución, pues existe una clara *división del trabajo* necesaria par cumplir los fines del estado y de la institución en particular.

Dada la *división del trabajo* es claro que cada uno de los servidores públicos tiene funciones y tareas diferentes, dependiente el cargo que ocupen. Un subteniente, no tiene las funciones y tareas asignadas, así como la responsabilidad y formación, que tiene asignadas un funcionario público que está en el Cargo de General de la república.

Pero a pesar de dicha *división del trabajo*, y de que las funciones de cada uno de los cargos, al interior de las dos carreras, son totalmente diferentes, en términos cuantitativos y

cualitativos, todos, absolutamente todos, los funcionarios de dichas carreras tienen derecho a una prima de actividad. Obviamente proporcional al salario de cada cargo. Pues no es lo mismo el salario básico de un sargento que el de un general, pero sobre ese se les liquida un porcentaje para el pago de la prima de actividad.

Entonces, 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.

Atención, no estamos diciendo que las funciones sean las mismas, lo que estamos diciendo es que, para el pago de la prima de actividad, no hay distinción alguna por la calidad y cantidad de trabajo del funcionario, pues si así fuera un suboficial no podría ganarla, pues es bien diferente su trabajo con relación al de un oficial. Incluso, al interior de cada carrera, todos los cargos asignados y ejecutan funciones diferentes, pues no es lo mismo, cualitativamente como cuantitativamente hablado, tener el cargo de cabo tercero y tener el cargo de cabo segundo.

Entonces, ¿si estos grupos se les paga dicha prima, a sabiendas que hacen diferentes funciones, por qué razón no se le paga a mi poderdante, que hace funciones diferentes?

Para finalizar, el Despacho al colocar este criterio objetivo, en aras de decir que no se vulnera el derecho de igualdad en la modalidad “a trabajo igual, salario igual”, está incurriendo en un error conceptual desproporcionado, pues confunde prestación salarial con salario.

Si lo que en la demanda se hubiera pedido fuera la igualdad de salario, es a todas luces claro, que el derecho a la igualdad en la modalidad “a trabajo igual, salario igual”, no es vulnerado, pues existe diferencias cualitativas y cuantitativas entre las funciones que hace un soldado con las que hace un oficial o suboficial, y por tal razón le asistiría absoluta razón al Despacho.

Pero lo que aquí se pide es una igualdad en materia de prestaciones salariales, que son jurídicamente diferentes al salario, pues no retribuyen el trabajo directamente, sino riesgos, circunstancias o situaciones que se originen a lo largo de la relación laboral estatutaria, y solo por ello, es que oficiales y suboficiales pueden devengarla, pues si fuera una retribución directa al salario, no existiría tal posibilidad, ya que sus funciones son material, cuantitativa y cualitativamente diferentes.

Y por esa razón es que la H. Corte Constitucional, comparó al grupo de Oficiales con el Grupo de Suboficiales, amparando los derechos de igualdad de estos últimos, porque fueron excluidos de una prestación social, la Prima para oficiales del cuerpo administrativo, encontrándose ambos grupos en el mismo supuesto de hecho de la norma que consagra dicha prima, y excluidos sin ningún criterio objetivo de justificación, estas son las palabras de la H. Corte Constitucional:

“En el marco específico de este régimen especial, la jurisprudencia ha aceptado que es posible entrar a comparar las eventuales diferencias de trato que se establecen en su interior entre dos grupos de personas: los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares.”

Ha justificado esta posibilidad en varias consideraciones: (i) Se trata de grupos que si bien no son idénticos si se encuentran en la misma situación de hecho; (ii) Las razones que justifican excluir a los oficiales del régimen prestacional general, son las mismas que justifican excluir a los suboficiales; (iii) Las especiales condiciones laborales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares es lo que lleva a la Constitución (artículo 217) y a la ley (artículo 279 de la Ley 100 de 1993) a ordenar al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos, sin distinguir entre oficiales o suboficiales; (iv) la regulación se efectuó mediante un solo decreto, el Decreto Ley 1211 de 1990, en el cual se contemplan varias normas que los cobijan a ambos grupos, en las que se establecen las mismas reglas y consecuencias jurídicas para oficiales y suboficiales”
Sentencia C-229/11

Entonces si se comparan oficiales con suboficiales, a pesar de hacer funciones diferentes, si se les concede el derecho de igualdad en materia de prestaciones sociales, no entiende este apoderado porque para el despacho no es posible comparar los soldados profesionales con los demás grupos de la fuerza militar, y además reconocer el derecho a la igualdad en materia de prestaciones sociales, bajo el argumento de que no hacen lo mismo.

2.7. CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: La sentencia proferida por el Despacho es abiertamente contraria a al párrafo del artículo 334 de la Constitución política de Colombia.

DEMOSTRACIÓN:

Antes de presentar al Despacho, las consideraciones del caso, es importante citar de forma textual lo consignado en aquella disposición de carácter superior.

“PARÁGRAFO. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”

A lo largo de la motivación del Despacho, se puede evidenciar que el despacho encuentra justificado la trasgresión al derecho fundamental de la igualdad de mi poderdante, en argumentos como la **“racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales”**.

Es argumentación, no justifica la violación del derecho fundamental de la igualdad, pues como vimos el único “supuesto criterio objetivo” para justificar la exclusión de mi poderdante es que el no hace las funciones, ni en calidad ni en cantidad, que tienen asignadas los oficiales y suboficiales, y quedo demostrado que incluso al interior de la carrera de cada uno de ellos, se cumplen diferentes funciones en cantidad y cualidad.

Ahora, sumar al anterior “supuesto criterio objetivo”, el posible justificante de la exclusión del demandante de dicha prima de actividad, a pesar de que se encuentra en el mismo supuesto de hecho de los oficiales y suboficiales, y que el criterio de comparación ya ha sido aceptado por el Consejo de Estado, lo relacionado con la **“racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales”**, es abiertamente contrario a la Constitución política que señala: **“PARÁGRAFO.** Al interpretar el presente

artículo, **BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA, AUTORIDAD ALGUNA DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA, LEGISLATIVA O JUDICIAL, PODRÁ INVOCAR LA SOSTENIBILIDAD FISCAL PARA MENOSCABAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, RESTRINGIR SU ALCANCE O NEGAR SU PROTECCIÓN EFECTIVA**

Cuando el Despacho niega las pretensiones acudiendo a los contenidos de la sostenibilidad financiera, automáticamente contradice la norma superior aquí invocada.

2.8. CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho desconocer el precedente Constitucional, contenido entre otras sentencias en la C-022/96; **Sentencia C-862/08, y Sentencia C-536/16**, donde se afirma que: *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”*

DEMOSTRACIÓN:

En dicho precedente, se reconoce que *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”*, y para no alargar el cargo, solamente nos permitimos citar la sentencia inicial, fundante, que es ratificada por las demás:

“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. en otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato un trato discriminatorio, debe justificarlo.” Sentencia C-022/96

La actividad del Despacho en el desarrollo de la argumentación de la sentencia fue contradice a la ordenada en las siguientes líneas: *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”* el Despacho obvió por completa que su papel como argumentador judicial debe partir de inclinar el juicio de igualdad pedido hacía la declaración de igualdad, hasta tanto la entidad demanda no pruebe lo contrario.

Por el contrario, aquí la carga argumentativa del Despacho parte de la base de la desigualdad, inicia la argumentación tendiente a rechazar la realidad del demandante, incluso, cuando la entidad demandada no ha probado nada que justifique el trato desigual.

3. CON RELACIÓN AL SUBSIDIO DE FAMILIA

3.1. Sentencia Recurrida

De forma respetuosa, y para efectos metodológicos me permito transcribir las sentencias, adicionada y aditiva, en el presente recurso, con la finalidad de colocar en contexto al Honorable Tribunal Administrativo los cargos que se presentan contra ellas.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADICIONADA.

“b. Sobre la liquidación del subsidio familiar tenemos que en efecto se le reconoció al actor con el 23% señalado en el artículo 1 del decreto 1161 de 2014, por haber adquirido el derecho conforme los requisitos legales por medio de la orden administrativa de personal OAP 2374 del 30 de noviembre de 2014, en razón a la acreditación del matrimonio y la existencia de un hijo, hechos de los cuales se extrae que en efecto y conforme la prueba arrimada al proceso el actor cumplió con el requisito para hacerse acreedor al subsidio familiar ya en vigencia del decreto 1161 de 2014, por lo que inicialmente el acto administrativo demandado goza de respaldo legal en su expedición.

Ahora, como el actor pretende la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad del decreto 1161 de 2014 y la aplicación en su lugar del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, entonces, para resolver se considera que si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014, norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir el mes de octubre del año 2014, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal que datan del año 2014, motivo por el que en este aspecto, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión.”

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADITIVA.

“Sobre el literal 10, 11 y 12.

La sentencia es clara en el sentido de explicar que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales y aquellos que ingresaron al Ejército Nacional bajo la denominación de soldados profesionales no se encuentran en condiciones de igualdad en tanto los regímenes jurídicos que los gobiernan son distintos, de modo que no se puede predicar la igualdad que reclama el actor.

En esa medida, la sentencia explicó que el marco legal del subsidio familiar al que tiene el derecho el actor es el contenido en el decreto 1161 de 2014, en tanto que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales se encuentran bajo el manto normativo del Decreto 1794 de 2000 y se consideró que “si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014, norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir en el año 2015, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal 2179 de 2015 (f. 35 y 40 archivo 23), motivo por el que en este aspecto, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión.”

Así las cosas, frente a la motivación expuesta respecto de la correcta aplicación de la normatividad jurídica en cuanto a la liquidación del subsidio familiar por la

existencia de dos regímenes normativos diferentes, resulta que no es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad que se alega por el actor y menos la excepción de convencionalidad propuesta.

Al efecto, de lo expuesto tanto en la sentencia como en la presente providencia, se tiene que para esta Judicatura resulta claro que no se han violado los derechos a la igualdad y al trabajo reclamados por el actor en tanto los marcos normativos que rigen la vinculación de los soldados profesionales y de los soldados voluntarios que hicieron paso a profesionales es diferente y en esa medida los actos administrativos demandados no son contrarios a la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que no es procedente la excepción de constitucionalidad y de convencionalidad reclamados en la demanda.”

3.2. CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la Sentencia ser contraria a las reglas de la argumentación racional de las sentencias, pues de una lado; la acuso de incurrir en una falta de motivación interna de razonamiento, en la modalidad de existencia de invalidez de la inferencia²⁰ a partir de las premisas dadas, es decir, el razonamiento es formalmente inválido, se presenta una falacia de tipo non sequitur; de otro lado, la acuso de incurrir en deficiencias en la motivación externa²¹, es decir, las premisas y las conclusiones son sustancialmente falsas e incorrectas, pues dichos enunciados no son materialmente ciertos ni jurídicamente correctos, ya que adolecen de sustento fáctico y jurídico. De esta forma, el Despacho en la Sentencia pasa por alto, todas las reglas de motivación racional de las sentencias judiciales.²²

Antes de realizar la demostración, les ruego tengan en cuenta estas premisas para que sean entendido el cargo. La justificación interna de la sentencia, la entendemos de carácter exclusivamente lógico-deductivo, es decir del paso de las premisas a la conclusión; y la Justificación externa, que no excluye la lógica, pero requiere de más, la entendemos concerniente al establecimiento de las premisas, es decir, al principio de correspondencia entre la premisa y su origen, sea jurídico o se falso. La premisa, el círculo tiene 3 lados iguales, está construida con las reglas de la lógica forma, más no con referencia a la vida real, o realidad objetiva, pues es falsa, “motivación externa de la sentencia” (quien tiene tres lados iguales es el triángulo equilátero y no el círculo) y esto es lo que pretendemos demostrar, que las premisas que fijó el despacho para resolver el caso, son falsas e incorrectas, además de ser contrarias a la lógica-deductiva, punto de partida y esencia de todo argumento.

DEMOSTRACIÓN:

Para demostrar el Cargo, usaré como metodología la siguiente: Citaré cada premisa del argumento esgrimido en la Sentencia, para posteriormente presentar el análisis al

²⁰ Se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión (corrección lógica o coherencia narrativa).

²¹ Se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

²² La argumentación sirve para confrontar tesis de cargo y descargo, explicando con base a los elementos existentes en el caso, cuál debe ser la imperante en la dialéctica del razonamiento de la autoridad. La motivación consiste en justificar, en base en el contenido existente, cuál debe ser la decisión adoptada, la congruencia y logicidad del argumento expuesto a fin de concluir en una decisión razonada al caso concreto.

Honorable Tribunal, donde se pretende demostrar el desacierto de la premisa, que al hacer la sumatoria de todos, invalida el argumento que presenta el Despacho.

PREMISA 1:

Dice el Despacho en la sentencia que:

“b. Sobre la liquidación del subsidio familiar tenemos que en efecto se le reconoció al actor con el 23% señalado en el artículo 1 del decreto 1161 de 2014, por haber adquirido el derecho conforme los requisitos legales por medio de la orden administrativa de personal OAP 2374 del 30 de noviembre de 2014, en razón a la acreditación del matrimonio y la existencia de un hijo, hechos de los cuales se extrae que en efecto y conforme la prueba arrimada al proceso el actor cumplió con el requisito para hacerse acreedor al subsidio familiar ya en vigencia del decreto 1161 de 2014, por lo que inicialmente el acto administrativo demandado goza de respaldo legal en su expedición.”

ANÁLISIS DE LA PREMISA 1:

Es una premisa que en su mayor parte contiene análisis de hechos, y en menor contenido, análisis jurídico: En relación a los hechos, diremos lo siguiente:

- Es cierto que al acto se le reconoció el subsidio de familia con base en el decreto 1161 de 2014.
- Que dicho reconocimiento se hizo por medio de la orden administrativa de personal OAP 2374 del 30 de noviembre de 2014.
- Que el demandante acreditó el Estado Civil producto del Matrimonio. Sin embargo, aquí el Despacho pasa por alto (**OMITIÓ**) un dato importante. La fecha del Matrimonio, esta es el **16 DE AGOSTO DE 2012**.

En relación a los temas de tipo jurídico diremos lo siguiente:

- Con respecto a la afirmación del Despacho: *“el actor cumplió con el requisito para hacerse acreedor al subsidio familiar ya en vigencia del decreto 1161 de 2014”* debemos manifestar que la misma es parcialmente correcta. Si bien el demandante cumplió los requisitos que establece el decreto 1161 de 2014, también es cierto, que el demandante también cumplió los requisitos para obtener el subsidio de familia conforme lo señalado en artículo 11 del decreto 1794 de 2000. Resulta un poco desconcertante que el Despacho se concentre en si adquirió o no, el subsidio, por tener los requisitos a la luz del *del decreto 1161 de 2014*, ya que, de un lado, es tema que no se debate, pues así lo admite el demandante como la demandada; y de otro lado, eso no resuelve lo que realmente se le plantea en la demanda, es una evasión de administrar justicia al no resolver de fondo lo planteado.
- Con respecto a la afirmación: *“por lo que inicialmente el acto administrativo demandado goza de respaldo legal en su expedición”* pareciera que el Despacho no entendió o no comprendió la problemática de la demanda. Se le pide la nulidad del acto administrado por ser violatoria del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, razón por la cual, el análisis de legalidad que debió hacer es frente a ese decreto. No puede decir, que por el hecho de que se expidió con base en X norma, por ese solo hecho, no se desvirtúa la legalidad del acto, cuando ni siquiera ha realizado un análisis con la norma que se le dice está siendo conculcada. Al Despacho nunca se le dijo que el

acto era violario del decreto 1161 de 2014, y por esa razón, no puede contentarse en decir que por no violarlo entonces la legalidad del acto está incólume. Repetimos, cuando no ha realizado un análisis serio, exhaustivo, profundo y riguroso de lo que realmente se le plantea en la demanda. La violación del artículo 11 del decreto 1794 de 2000 por parte del acto administrativo que negó el reconocimiento y pago del reajuste del subsidio de familia.

- Siguiendo con lo anterior, olvida el Despacho, y omite a pesar de que se le pidió en el proceso, *respaldo legal en su expedición*, se presume inconstitucional, por ser un decreto que modificó de forma regresiva un derecho prestacional. Situación que la veremos más adelante. En otras palabras, debió analizar de que a pesar de que el acto administrativo demandado goza de respaldo legal, decreto 1161 de 2014, no goza de respaldo constitucional, tema suficiente para que sea estudiado en la excepción de inconstitucionalidad que se propuso.

PREMISA 2:

Dice el Despacho en la sentencia que:

“Ahora, como el actor pretende la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad del decreto 1161 de 2014 y la aplicación en su lugar del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, entonces, para resolver se considera que si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014, norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir el mes de octubre del año 2014, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal que datan del año 2014”

ANÁLISIS DE LA PREMISA 2:

La mayoría de la premisa es de contenido jurídico. Premisa que es incorrecta a la realidad al contenido del ordenamiento jurídico vigente por lo siguiente:

- Con relación a la afirmación: *“el actor pretende la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad del decreto 1161 de 2014 y la aplicación en su lugar del artículo 11 del decreto 1794 de 2000”* deja un sentimiento de frustración al suscrito apoderado esta afirmación, pues si bien se pidió *la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad* el Despacho tenía la obligación primera de estudiar la pretensión principal, “teoría general del proceso” para proceder a estudiar la pretensión subsidiaria. Cosa que no hace, pues avoca la pretensión subsidiaria sin hacer un estudio riguroso de la pretensión principal de nulidad. Nada dijo de la nulidad del acto administrativo con relación al artículo 11 de decreto 1794 de 2000 y ya está estudiando la excepción de inconstitucionalidad, lástima la falta de técnica de la Sentencia.
- Con relación a la afirmación: *“para resolver se considera que si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados*

profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014” varias cosas: **1)**. El artículo 11 de decreto 1794 de 2000, no solo contempla el 4% del salario básico, sino que además suma el 100% de la prima de antigüedad. Esa sumatoria conforman el subsidio de familia de la dicha norma. **2)**. El hecho de que el acto administrativo que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tenga sustento en el Decreto 1161 de 2014, no implica que, por esa situación, no se viole el artículo 11 de decreto 1794 de 2000, declaración que le pedimos en la demanda, pero que el Despacho ha evadido estudiar; **3)**. El hecho de que el acto administrativo que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tenga sustento en el Decreto 1161 de 2014, no implica automáticamente que el acto administrativo no puede ser nulificado por contrariar otra norma, como lo quiere hacer ver el Despacho. Eso es erróneo desde la sola teoría del acto administrativo.

- Con relación a la afirmación: “norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir el mes de octubre del año 2014, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal que datan del año 2014” diremos varias cosas: **1)**. Es cierto que el Demandante acreditó reunir los requisitos para obtener el subsidio de familia en el año 2014; **2)**. No es cierto que por el hecho de que haya acreditado los requisitos ante la entidad demandada en el año 2014, por ese solo hecho deba aplicarse el contenido del decreto 1161 de 2014, por lo siguiente: **a)**. El Despacho ignora, deliberadamente porque en la demanda se le colocó de presente, el desarrollo normativo de la legislación relacionada con el subsidio de familia del Demandante; **b)**. Ignora que el artículo 11 de decreto 1794 de 2000 estuvo derogado desde el año 2009 por el decreto 3770; **c)**. Ignora que debido a dicha ausencia de norma y de reconocimiento del subsidio de familia, el gobierno nacional creó un nuevo subsidio de familia para los soldados contenido en el decreto 1161 de 2014; **d)**. Ignora que el Honorable Consejo de Estado por medio de la sentencia Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS: “**FALLA: DECLARAR**, con efectos ex tunc, la nulidad total del decreto 3770 de 2009, por medio del cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones, expedido por el gobierno nacional.” **e)**. Ignora que a partir de dicha declaratorio, revivió el artículo 11 de decreto 1794 de 2000; **f)**. ignora que el contenido de dicho artículo es el siguiente: *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.* **g)**. Ignora que, en el sentir del Honorable Consejo de Estado, el artículo 11 de decreto 1794 de 2000 fue subrogado por el decreto 1161 de 2014 **g)**. Desconoce que a pesar de que el actor tiene comunidad de vida de forma singular y permanente (unión marital de hecho) con la señora Liliana Narvárez Narvárez desde el 15 de agosto de 2009, no podía acreditar su situación a la entidad sino hasta el 2014, pues en el lapso de tiempo anterior, materialmente no existía subsidio de familia para los soldados profesionales. Si el actor no acreditó antes su situación y su reclamó su subsidio de familia antes, es porque no existía dicha posibilidad jurídica. **h)**. olvida el Despacho, que en la vigencia del artículo 11 de decreto 1794 de 2000 el demandante celebró contrato de matrimonio como quedó acreditado en el proceso. **En razón de lo anterior, no es cierto que la normativa que se le debe aplicar al demandante sea la contenida en el decreto 1161 de 2014, sino que, la normativa con vocación a ser aplicada es la contenida en el artículo 11 de decreto 1794 de 2000.**

Con base en lo anterior, se puede evidenciar que la premisa que asume el Despacho en el argumento que “justifica” la negación de las pretensiones, no tiene el respaldo jurídico correcto, a la luz de la realidad del ordenamiento jurídico vigente. Razón por la cual, el argumento queda huérfano de premisa. Suficiente motivo para el Honorable Tribunal Administrativo proceda a corregir el yerro argumentativo del *a quo*.

CONCLUSION 1:

Dice el Despacho en la sentencia que:

motivo por el que en este aspecto, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión.”

ANÁLISIS DE LA CONCLUSION 1:

Con la venia del Despacho, al analizar la conclusión a la que llega el Despacho, vemos que la misma no se sigue de las premisas que ha venido desarrollando, diremos por tal razón que la conclusión que presenta el Despacho en el razonamiento, está inmersa en una falacia que la lógica nos enseña con el nombre de **NON SEQUITUR**. En otras palabras, **LA CONCLUSIÓN DEL ARGUMENTO ES UNA FALACIA DE TIPO NON SEQUITUR**, por lo siguiente:

- Dice el Despacho que: “*el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado*” Diremos lo siguiente:**1**). La conclusión es una falacia de tipo **NON SEQUITUR**, pues no se sustentan en las anteriores premisas que el Despacho presentó en el argumento pues: **a**). El Despacho viene diciendo en las premisas que, el demandante acreditó los requisitos necesarios ante la entidad y solicitó el derecho en el año 2014. Dijo el acto administrativo está adecuado a la normatividad vigente al momento del reclamo del derecho, dijo que el mismo se ajusta al decreto 1161 de 2014, y que por esa razón se entiende ajustado a derecho; **b**). No dijo nada más. **c**). A pesar de que en la demanda se le pidió un juicio de igualdad²³, no lo hizo en la sentencia; **d**). No realizó

²³ Sentencia C-015/14 “El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cual es el grado de intensidad adecuado a un caso sub judice, este tribunal ha fijado una regla y varios criterios, como se da cuenta enseguida. La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian

ningún test de proporcionalidad, donde se argumente sobre la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto e). y a pesar de ello concluye que: “no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado”.

- Dice el Despacho que: “fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión” de pasa a demostrar la falacia de esto en los siguientes términos: **a)**. Nada tiene que ver el que el objeto del subsidio de familia sea ayudar a solventar las necesidades económicas del trabajador con que el demandante haya adquirido el Derecho a su reconocimiento con base en el decreto 1161 de 2014 **b)**. El hecho de que el demandante haya adquirido el subsidio con base en el decreto 1161 de 2014 no hace que se cumpla el objetivo en su integridad, pues el subsidio de familia del decreto invocado realiza en términos cuantitativos el objetivo del subsidio de familia; **c)**. El hecho de que el objetivo del subsidio de sea “solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios” no justifica que el demandante *per se* no tenga derecho a la reliquidación rogada en la demanda y contenida en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000. Es más ni siquiera el Despacho ha evaluado cual de los trabajadores tiene menores salarios, y ya justifica que el demandante no tiene derecho a dicho subsidio.

Es claro que la conclusión del argumento presentado por el Despacho es una falacia, pues no se sigue de las premisas que el Despacho presentó anteriormente en la sentencia. No puede decir que hay proporcionalidad cuando ni siquiera ha tenido la prevención de hacer un estudio sobre el contenido de dicho concepto, y mucho menos, de su aplicación al presente caso. NO puede decir que, debido al objeto y objetivo del subsidio de familia para los soldados profesionales, el demandante ya no tiene derecho al reconocimiento de la reliquidación con base en el decreto 1794 de 2000, pues al hacerlo, incurre en yerros argumentativos, prohibidos por el derecho fundamental del usuario a tener sentencias correctamente motivadas.

Por todo lo anterior, el contenido de la Sentencia adicionada, es contrario a las reglas de la motivación de las sentencias judiciales, pues los estándares de las mismas, indican el deber de motivación que asuma coherencia interna en el argumento lógico deductivo, y externa en la correspondencia con el ordenamiento jurídico y los hechos.

materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio. El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.”

PREMISA 3:

Dice el Despacho en la sentencia que:

“Sobre el literal 10, 11 y 12.

La sentencia es clara en el sentido de explicar que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales y aquellos que ingresaron al Ejército Nacional bajo la denominación de soldados profesionales no se encuentran en condiciones de igualdad en tanto los regímenes jurídicos que los gobiernan son distintos, de modo que no se puede predicar la igualdad que reclama el actor.

ANÁLISIS DE LA PREMISA 3:

Las afirmaciones contenidas en la anterior premisa, dejan un poco confuso al suscrito abogado, pues por una lado; puede ser entendido, como que el Despacho se equivocó al momento de presentar la adición, ya que la misma era sobre el subsidio de familia y se pronunció fue sobre la línea de la reclamación del 20%; de otro lado, puede ser entendido, que el Despacho hace referencia al análisis de igualdad que se le pidió en la demanda con relación a los soldados que devengaban el del subsidio de familia con base *el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000*, y lo que lo hacen con base en el *Decreto 1162 de 2014* como es el caso de mi poderdante.

Sea cual sea la intención del Despacho con esta premisa, la misma no tiene vocación de estructurar el argumento, pues si se entiende en el primer sentido, acabado de describir, por simple norma de exclusión no tiene aplicabilidad acá; si se entiende en el segundo sentido, tampoco, pues el Despacho confunde a los soldados voluntarios que fueron vinculados con la ley 131 de 1985 y que no tenían subsidio de familia, con los soldados profesionales, como mi poderdante que a pesar de haber ingresado a la institución con la vigencia del decreto 1794 de 2000, tiene el subsidio de familia con base en *el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000*, que son realmente ellos, con quienes se le pidió al Despacho la comparación.

PREMISA 4:

Dice el Despacho en la sentencia que:

En esa medida, la sentencia explicó que el marco legal del subsidio familiar al que tiene el derecho el actor es el contenido en el decreto 1161 de 2014, en tanto que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales se encuentran bajo el manto normativo del Decreto 1794 de 2000 y se consideró que “si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014, norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir en el año 2015, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal 2179 de 2015 (f. 35 y 40 archivo 23), motivo por el que en este aspecto, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se

adecua al fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión.”

ANÁLISIS DE LA PREMISA 4:

Si la sentencia adicionada era desacertada, la sentencia aditiva es tanto o peor, pues además presente grados de confusión y contradicción que imposibilitan la pureza, la brillantez, la solidez, la limpieza del argumento que el Despacho esgrime para negar las pretensiones de la demanda, de forma específica con lo relacionado al subsidio de familia.

- Dice el Despacho que: *“la sentencia explicó que el marco legal del subsidio familiar al que tiene el derecho el actor es el contenido en el decreto 1161 de 2014, en tanto que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales se encuentran bajo el manto normativo del Decreto 1794 de 2000”* con respecto a la anterior afirmación debemos manifestar lo siguiente: **1)**. Nada, pero absolutamente nada tiene que ver los soldados voluntarios con la cuestión que se le plantea en esta oportunidad al Despacho. El hecho de que los soldados *voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales se encuentran bajo el manto normativo del Decreto 1794 de 2000*, no justifica de por sí que el demandante no pueda acceder a dicho mando normativo. Entre otras cosas, porque no se le pidió que comparara a soldados profesionales con voluntarios en lo que tiene que ver con el subsidio de familia, y porque, no solo los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales tienen el subsidio de familia con base en el *Decreto 1794 de 2000*, sino que también los que no fueron voluntarios. Pues así lo reconoce el decreto 3770 de 2009. **2)**. La confusión que tiene el Despacho, es la siguiente: Confunde cuales son los soldados que se le pidió que comparara en la demanda en lo que tiene que ver con el subsidio de familia. Piensa que son únicamente los soldados que fueron voluntarios con mi poderdante que no lo fue. Lo que es incorrecto, aun cuando es procedente ya que todos tienen el subsidio de familia a partir del régimen del derecho 1794 de 2000. Es incorrecto porque también hay soldados profesionales, que lograron adquirir el subsidio de familia con base en el *Decreto 1794 de 2000*, antes de su derogatoria, que son estos los que se le pide que compare. **3)**. La contradicción se presenta, en la medida en que cita lo que dijo en la sentencia adicionada, y allí si habla de que *con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar*, es decir en aquella oportunidad entiende y habla de soldados profesionales, y en esta habla de voluntarios. Se contradice el Despacho, debido a su falta de precisión y claridad.

CONCLUSIÓN 2:

Dice el Despacho en la sentencia que:

Así las cosas, frente a la motivación expuesta respecto de la correcta aplicación de la normatividad jurídica en cuanto a la liquidación del subsidio familiar por la existencia de dos regímenes normativos diferentes, resulta que no es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad que se alega por el actor y menos la excepción de convencionalidad propuesta.

Al efecto, de lo expuesto tanto en la sentencia como en la presente providencia, se tiene que para esta Judicatura resulta claro que no se han violado los derechos a la igualdad y al trabajo reclamados por el actor en tanto los marcos normativos que rigen la vinculación de los soldados profesionales y de los soldados voluntarios que hicieron paso a profesionales es diferente y en esa medida los actos administrativos demandados no son contrarios a la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que no es procedente la excepción de constitucionalidad y de convencionalidad reclamados en la demanda.”

ANÁLISIS DE LA CONCLUSIÓN 2:

De nuevo, al analizar la conclusión a la que llega el Despacho, vemos que la misma no se sigue de las premisas que ha venido desarrollando, diremos por tal razón que la conclusión que presenta el Despacho en el razonamiento, en esta oportunidad en la sentencia aditiva, está inmersa en una falacia que la lógica nos enseña con el nombre de **NON SEQUITUR**. En otras palabras, **LA CONCLUSIÓN DEL ARGUMENTO ES UNA FALACIA DE TIPO NON SEQUITUR**, por lo siguiente:

- Concluye lacónicamente el Despacho que: *“no es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad que se alega por el actor y menos la excepción de convencionalidad propuesta”* cuando ni siquiera ha hecho el más mínimo estudio de dichas figuras con relación al subsidio de familia. La falacia se configura por lo siguiente: **1).** El Despacho para construir un argumento, obligación por el deber de motivación de la sentencia, debe fijar con absoluta claridad la premisa mayor de argumento. En este caso, debió identificar y señalar la norma jurídica, tanto en sede de control de constitucionalidad, como en sede de control de convencionalidad, que iba a estudiar y analizar, es decir la norma con vocación de ser aplicada a resolver la presente litis. Es importante señalarle al Despacho que es posible la utilización de cualquier método hermenéutico para la fijación de la regla a aplicar, incluso cuando para hallar dicha regla deba acudir al principio de ponderación o al de proporcionalidad. **2).** Una vez lo anterior, el despacho debe verificar, los hechos probados y si estos son los jurídicamente relevantes de acuerdo a lo establecido en el supuesto hipotético de la regla fijada en la premisa mayor. **3).** Hecho lo anterior, es que el Despacho queda habilitado para concluir si procede a extender los efectos jurídico de la norma fijada en la premisa mayor o procede a abstenerse a dicha acción **4).** solo cuando lo anterior se ha cumplido se habla de un argumento válido, aun cuando materialmente no se correcto. En el presente caso, llegó a una conclusión sin haber fijado y delimitado la premisa mayor. Dijo que no procedía la excepción de inconstitucionalidad, se le pregunta al Despacho ¿Qué norma de la constitución analizó frente al subsidio de familia? El Artículo 13, el artículo 53 con el principio de favorabilidad y condición mas beneficiosa, como fue indicado en la demanda. O, analizó el artículo 48 de la Constitución, ¿invocado en la presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo? No tengo la respuesta, ya que ella brilla por su ausencia en la parte motiva de la sentencia, y aún así, el Despacho Concluye lacónicamente que: *“no es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad”* misma situación ocurre con la pretensión de la excepción de inconventionalidad. Lo que evidentemente contaría la validez del argumento, situación más que suficiente para revocar el fallo.

- Igualmente concluye lacónicamente el Despacho que: *“se tiene que para esta Judicatura resulta claro que no se han violado los derechos a la igualdad y al trabajo reclamados por el actor en tanto los marcos normativos que rigen la vinculación de los soldados profesionales y de los soldados voluntarios que hicieron paso a profesionales es diferente y en esa medida los actos administrativos demandados no son contrarios a la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que no es procedente la excepción de constitucionalidad y de convencionalidad reclamados en la demanda”* Diremos varias cosas con relación a esta conclusión: **1).** No sé cómo es el Despacho llega a dicha conclusión, pues de un lado no hizo ningún juicio de igualdad, de otro; los sujetos que pretende comparar, no son los que se le pidió que comparara, como lo dijimos antes en el presente recurso, ya que hasta en confusión incurre el Despacho con la figura de cada soldados, pues no se entiende de otra forma que aparezca en esta oportunidad los soldados que fueron voluntarios, cuando ni siquiera ellos tuvieron subsidio de familia. **2).** Siguiendo los lineamientos antes planteados, con relación a la estructura del argumento, es inaudito que el Despacho que no se ha violado el derecho del trabajo, cuando no ha hecho la menor mención y menos el menor análisis del contenido de dicho derecho y de su aplicación al presente caso. NO hay derecho a que se presente una argumentación tan errática en una sentencia judicial. Lo mínimo que demanda un argumento es que tenga validez, pero eso tan mínimo no se cumple en la presente sentencia.

Demostrado el yerro argumentativo del Despacho, tanto desde lo más elemental, esto es la validez del argumento, (motivación interna), como desde la corrección de las premisas frente al ordenamiento jurídico, y la falsedad de las mimas cuando se trata de hechos, le pedimos al honorable Tribunal Administrativo que proceda a revocar la sentencia, como quiera que lo que debió haber hecho el Despacho es lo siguiente:

3.3. CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Está probada la nulidad del acto administrativo que negó el reajuste del subsidio de familia con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, ya que el demandante cumple los supuestos facticos de la norma invocada.

DEMOSTRACION:

3.3.1. Estructura analítica del artículo 11 del decreto 1794 de 2000

Literalidad de la norma:

“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.”

	SUPUESTO DE HECHO	CONSECUENCIA JURÍDICA.
Elemento temporal	<i>“A partir de la vigencia del presente Decreto”</i>	
Elemento subjetivo	<i>“el soldado profesional de las Fuerzas Militares”</i>	

Primer Elemento hipotético	1. "casado"	"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"
Segundo Elemento hipotético	2. "o con unión marital de hecho vigente"	

De esto se sigue, que para que el soldado profesional de las Fuerzas Militares, puede tener "derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad" deberá tener acreditado, de un lado: tener las condiciones de casado; o de otro: tener una *unión marital de hecho vigente*. Situación que huelga señalar al Despacho que el Demandante acreditó en el presente proceso.

3.3.2. Acreditación de los supuestos de hecho normativos por parte del demandante en el proceso

Bien, se tiene que está demostrado en el proceso que el demandante es soldado profesional de las fuerzas militares de Colombia, así lo determina la entidad en el certificado de tiempo expedido y que reposa en el expediente.

En lo que tiene que ver con los elementos hipotéticos de la norma, el demandante demostró y acreditó en debida forma, el segundo elemento, esto es la unión marital de hecho vigente, dentro del elemento temporal de la norma, esto es "A partir de la vigencia del presente Decreto".

En el proceso quedó acreditado que el demandante declaró en el año 2014, que constituyó comunidad de vida de forma singular y permanente con la señora Liliana Narváz Narváz desde el 15 de agosto de 2009. Lo que indica que en la vigencia del artículo 11 del mencionado decreto, la unión marital de hecho del demandante estaba vigente.

Declaración a la que debe prestar el carácter de plena prueba, pues no fue controvertido por la entidad demandada, y según las voces del artículo

"ARTÍCULO 250. INDIVISIBILIDAD Y ALCANCE PROBATORIO DEL DOCUMENTO. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato."

"ARTÍCULO 257. ALCANCE PROBATORIO. Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza."

Prueba a la que el Despacho le resta valor e ignora en el momento de la motivación de la sentencia, pues la pasa por alto. Omite su valoración y apreciación. Cercana su contenido.

3.4. CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la sentencia de **TENER POR PROBADO, SIN ESTARLO**, que la entidad demandada desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre el acto

administrativo que negó el reconocimiento del reajuste del subsidio de familia y sobre el decreto 1161 de 2014, situación que comporta un desconocimiento del precedente constitucional aplicable al presente caso, contenido entre otras sentencias en las siguientes: C-038 de 2004; C-671 de 2002; C-931 de 2004; T-1318 de 2005 ; T-043 de 2007 ; T-273 de 2007 ; T-267 de 2006 y T-418 de 2007

DEMOSTRACIÓN:

Para efectos metodológicos del presente cargo, y en aras de dar la mayor claridad posible al Honorable Tribunal de lo que se le presenta, respetuosamente intentaré desarrollar el siguiente esquema, en aras de hacer lo mejor posible comprensible el cargo: 1). Un análisis descriptivo del concepto de presunción; 2). La parte que tiene el deber de desvirtuar la presunción; 3). Formas jurídicas reconocidas de desvirtuar una presunción; 4). Presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo demandado; 5). Fundamento jurídico de la presunción de inconstitucionalidad invocada en el presente caso; 6). *Prueba de los hechos que sirven de base a la presunción. Aplicación de la máxima praesumptio de presunto non amittitur*; 7). Análisis de la actuación realizada por la entidad demandada con miras a desvirtuar dicha presunción; 8). Lo que debió hacer el Despacho en el caso *sub judice* y 9). Una conclusión. De esta manera proceso a exponer el cargo en los siguientes términos:

3.1.1.1. Un análisis descriptivo del concepto de presunción;

Para traer a colación al Despacho el concepto de la presunción, respetuosamente parto de la base de la doctrina, y finalizo con el concepto jurisprudencial adoptado en nuestro ordenamiento jurídico vigente: En la doctrina haré alusión a dos grandes maestros del derecho, un de nuestro terruño patrio y otro de la doctrina foránea:

“Etimológicamente se entiende por presunción (proesumere) suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos conste; en la selección de los trabajos de los jurisconsultos clásicos romanos, hecha por en- cargo del emperador Justiniano, se encuentran ya fragmentos de los clásicos anteriores en los que la palabra proesumere se usa en el sentido de opinión, suposición o creencia; los compiladores los adicionaron en ocasiones, contraponiendo las voces proesumere y adprobare o pro-bare, con lo cual se le da ya el significado de una hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya por una prueba en contrario: proesumptum esse debet, nisi contrarium approbetur”²⁴

El insigne maestro en la obra citada trae a colación la definición que se ha presentado por otra parte de la doctrina probatoria en los siguientes términos:

“La presunción es un Juicio lógico del legislador o del juez (según sea presunción legal o judicial), en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo cuando es presunción judicial o de hombre) con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”²⁵

²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio De La Prueba Judicial*. tomo ii. editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 303

²⁵ CARNELUTTI, *La prueba*, ed. cit., núm. 19, nota 158 y texto y núm. 47; FRAMARINO DE! MALATESTA, ob. cit., ps. 223-232; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ed. cit., ps. 181-208; MICHELI, *La carga de la prueba*, oo. cit., núm. 30; ELLERO, ob. cit., p. 217; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 46; LESSQNA, ob. cit., t. 1, núm. 145; RICCI, ob. cit., t. 1, núm. 34; SILVA MELERO, ob. cit., t. 1, ps. 111-120; SERRA Domínguez, Manuel, *Normas de presunción en el Código Civil*, Barcelona, 1963, ps. 5-37.

Desde la doctrina foránea, tenemos que las presunciones desde el punto de vista teórico tienen un alto nivel de desarrollo epistémico, que el permite al Juez, comprender y analizar la aplicación de las misma, para dejar el análisis, permítaseme traer a colación las siguientes palabras, del Maestro español, Aguiló:

“[...] Lo anterior apunta a lo siguiente: la función primaria que cumplen las normas de presunción no es tanto establecer una verdad material cuanto una verdad procesal, procedimental o dialéctica. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado un cierto hecho bajo ciertas circunstancias. Es decir, sin la noción de proceso, las normas de presunción carecen de sentido; cosa que no ocurría en el caso de las reglas de presunción teóricas. Por ello, lo que en las presunciones teóricas aparecía como secundario o derivado (el papel de las reglas de presunción como reglas de distribución de las cargas de la prueba) aparece aquí como primario, básico y común a todas las normas de presunción. Nótese que, si a la idea de proceso le añadimos el carácter contradictorio de los procesos jurídicos, es fácil ver por qué las normas de presunción, al establecer verdades procesales, siempre benefician a (facilitan las pretensiones de) una parte y perjudican a (dificultan las pretensiones de) la otra. El «deber» del juez se traduce en un «tener que probar» o un «no tener que probar» para las partes.

[...]

Con todo lo dicho hasta aquí pueden formularse, me parece, algunas tesis generales respecto de las normas de presunción. Algunas de ellas deberán matizarse después, una vez que hayamos introducido algunas distinciones dentro de las normas de presunción. 1. Las normas de presunción operan estrictamente como tales en el ámbito del razonamiento práctico de sus destinatarios; y éstos son sujetos llamados a actuar en algún sentido. 2. Ello no obsta para que un sujeto que no es destinatario de la norma pueda usarla y aceptarla como garantía (premisa) de un razonamiento teórico. 3. Sin la noción de proceso decisorio, las normas de presunción carecen de sentido; cosa que no ocurre con las reglas de presunción meramente teóricas. 4. El sentido de las normas de presunción es establecer una verdad procesal (o una verdad en el proceso); es decir, obligan al juez, bajo ciertas circunstancias, a tomar como probado o no probado un hecho. Constituyen, por tanto, puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio. 5. Las verdades procesales (en el proceso) son derrotables, vencibles.

En los procesos contradictorios, los deberes del juez relativos a las verdades procesales se traducen en un «no tener que probar» o en un «tener que probar» para las partes en conflicto; es decir, en beneficios y cargas procesales. En este sentido, siempre benefician (facilitan) las pretensiones de una parte y perjudican (dificultan) las pretensiones de la otra. Por ello, siempre y necesariamente tienen una dimensión de distribución y carga de la prueba y/o de la argumentación. 7. La relación entre la verdad procesal establecida por una norma de presunción y la probabilidad de la verdad material del hecho presunto es contingente, es decir, no es necesaria; en consecuencia, la obligación de aceptar una verdad procesal no depende de la aceptación de una cierta probabilidad de verdad en sentido material.

[...]

De todo lo dicho en este apartado pueden formularse algunas tesis relativas a las normas basadas en una presunción.

1. Hay normas (muchísimas normas) que no son normas de presunción, es decir, que no están formuladas (ni se ganaría nada formulándolas) con un «se presumirá o deberá presumirse» y que, sin embargo, bien puede decirse que están basadas en (o que a ellas subyace) un «es presumible» teórico aceptado por el legislador. Es decir, que el legislador hizo una presunción, pero no dictó una norma de presunción.

2. Las situaciones que los juristas llaman presunciones *iuris et de iure* se caracterizan por la concurrencia de dos notas: a) los juristas interpretan que en el dictado de la norma el legislador ha asumido un «es presumible» teórico; y b) que el legislador ha prohibido la prueba en contra del hecho presunto, es decir, la derrotabilidad de la presunción.

3. Sin embargo, estas normas no obligan al destinatario de las mismas a presumir ninguna verdad procesal (verdad en el proceso); **sólo le obligan a aplicar las consecuencias jurídicas derivadas de la ocurrencia de ciertos hechos.**

4. Tratar a estas normas como normas de presunción trae consigo un sinfín de problemas conceptuales, porque la idea de una verdad procesal (en el proceso) no derrotable tiene algo de contradictorio o paradójico.

5. El sentido preciso de este tipo de normas es negar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas y, por ello, en términos conceptuales hay que oponerlas a (en lugar de confundirlas con) las normas de presunción. Las normas de presunción imponen una verdad procesal (en el proceso) vencible; por el contrario, estas normas sustraen la cuestión objeto de las mismas del ámbito de la verdad material y/o del ámbito del proceso.

6. Hay rastros de esencialismo en el uso que los juristas hacen de las presunciones *iuris et de iure*, pues supone creer que hay cuestiones que en «esencia» o «por naturaleza» pertenecerían a la *quaestio facti* (a la premisa fáctica) y no a la *quaestio iuris* (a la premisa normativa) y que la intervención del legislador invirtiendo estos términos tendría algo de acto «contra natura». En mi opinión, en estas decisiones del legislador no hay nada esencialmente incorrecto o deficitario, de donde no se sigue, por cierto, que siempre estén justificadas.

7. La categoría de normas de presunción *iuris et de iure* es perfectamente prescindible en términos teóricos. Todas las situaciones que los juristas califican como presunciones *iuris et de iure* son susceptibles de recibir una explicación teórica alternativa más potente y clara que la de tratarlas como normas de presunción”²⁶

Finalmente, con relación a tal figura probatorio, nuestra Honorable Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

La presunción resulta de lo que regular y ordinariamente sucede -praesumptio simitur ex eo quod plerumque fit-. Es decir, que en la presunción siempre hay una consecuencia que establece la ley, o en su caso, el juez, a partir de la observación de lo que comúnmente sucede y que permite prever unas mismas consecuencias de unos mismos hechos o actitudes semejantes de iguales situaciones. De ahí que se afirme -con razón- que la fuerza de la presunción dependa de la certeza del hecho conocido y de su relación con el desconocido.

²⁶ Cf. AGUILÓ, Josep: *Sobre Derecho y argumentación*, Leonard Muntaner, Palma de Mallorca

Por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto.”²⁷

3.1.1.2. La parte que tiene el deber de desvirtuar la presunción;

Como es sabido, y sobra advertirlo al Tribunal, a excepción de las presunciones *iuris et de iure* es la única que no admite prueba en contrario. Dicha presunción no es invocada en esta oportunidad, por lo tanto, la que se invoca admite prueba en contrario.

Claro, debe ser para el Despacho, que la presunción que se invoca tiene la posibilidad de ser desvirtuada, es decir que admite que haya actividad probatoria a fin de que se desvirtúe el hecho presumido, ante esa situación importante es analiza las posibilidades jurídicas que se presentan en las presunciones, de la mano de la doctrina cualificada:

“Varios son los conceptos sobre este punto:

1 ") Unos creen que las presunciones legales trasladan o invierten la carga de la prueba, porque en vez de pesar sobre la parte a quien debía corresponder de acuerdo con la regla general, la imponen a la parte contraria, pero creemos que ésta tiene la carga de probar un hecho diferente que alega a su favor (el contrario al presumido), de manera que en realidad no existe ninguna inversión ni traslado de la carga.

2°) Otros consideran que con ellas se cumple la carga de probar y que, por lo tanto, son sucedáneos o sustitutos de la prueba 549; pero ya hemos visto que la presunción no prueba, sino que hace innecesaria la prueba.

*3°) Otros opinan que las presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure* liberan o dispensan o eximen o alivian de la carga de probar a la parte favorecida con ellas; este concepto elimina la idea del traslado o la inversión y la de sucedáneos de prueba, con lo cual se avanza notablemente en su estructuración.*

4°) También se habla de que hacen superflua o innecesaria la prueba, lo que en el fondo equivale a liberar o dispensar de ella.

5°) Por último, algunos prefieren decir que simplifican el presupuesto de hecho de la norma sustancial, porque eliminan de éste el hecho presumido.

Creemos que los tres últimos conceptos son correctos y que armonizan perfectamente. Como estas presunciones son normas que regulan situaciones jurídicas sustanciales, razón tienen Micheli y Liebman cuando dicen que al suprimir el hecho presumido del presupuesto fáctico para que tales efectos se produzcan, 10 simplifican y delimitan, por lo cual no hay ninguna inversión ni un traslado de la carga, ni son excepciones a la regla general sobre ésta, sino su aplicación normal. (véase núm. 112). Pero también es cierto que, como lo observa Rosenberg, hacen superflua o innecesaria la prueba de ese hecho, e indudablemente lo anterior se traduce en una liberación, dispensa o exención de prueba, como afirman Hedemann, Alsina y Rocha; por ese motivo la prueba que se pida para demostrar el hecho presumido es redundante e inútil y el juez debe rechazarla de plano si implica tiempo y trabajo (véase núm. 81, d).”²⁸

²⁷ Sentencia C-374/02

²⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio De La Prueba Judicial*. tomo ii. editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 311-312

De una lectura de lo anterior podemos entender lo siguiente: De un lado, la presunción invocada por el extremo demandante en la presente oportunidad, exige de probar el supuesto factico (el acto administrativo es contrario de la constitución) ya sea porque tal probanza es *innecesaria* o porque el hecho presumido es eliminado del supuesto hipotético dando lo por cierto; de otro que, es la entidad demandada quien tiene la carga de probar que el hecho presumido no se configura, ya que es una presunción que admite prueba en contrario.

En conclusión, es la entidad demandada quien tiene la carga de probar que no se estructura el hecho presumido por el ordenamiento, en este caso, la presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo demandado en nulidad, o en excepción de inconstitucionalidad.

3.1.1.3. Formas jurídicas reconocidas de desvirtuar una presunción;

Diremos que básicamente la presunción se desvirtúa por la parte que tiene el deber de dos formas; de un lado, la prueba del hecho contrario al hecho presumido; de otro lado, la justificación argumentativa que permita concluir que la presunción abstracta no se configura, como en el caso que nos ocupa.

Ejemplo de la primera forma: Si miramos una de las presunciones del artículo 13 del Código de comercio podemos analizar mejor lo que se acaba de decir:

“ARTÍCULO 13. <PRESUNCIÓN DE ESTAR EJERCIENDO EL COMERCIO>. Para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos:

1) Cuando se halle inscrita en el registro mercantil”

De esta presunción se sigue que, si una persona se encuentra inscrita en el registro mercantil, entonces, debe presumirse que ejerce el comercio. Como no es una presunción *iure et de iure*, admite prueba en contrario, y la parte contra la que se alega dicha presunción, puede desvirtuarla probando el hecho contrario, esto es: probar que a pesar de que esta inscrito en el registro mercantil no ejerce la actividad comercial, por x razón, ejemplo está invalido o internado en un sanatorio mental, lo que implica probar un hecho de la vida real, por cualquier medio de prueba legamente permitido, desde la documental hasta el testimonio.

Ejemplo de la segunda forma: La presunción de legalidad del acto administrativo contenida en la ley 1434 de 2011. Si bien esta presunción se puede desvirtuar por medio de la prueba de hechos contrarios a los señalados en el acto administrativo, por ejemplo, con la falsa motivación, también lo es que se puede desvirtuar la presunción del acto, por la sola carga argumentativa, que permite en el caso de los análisis de mero derecho, que se desvirtúe tal presunción. Sería el caso, de la presunción de legalidad de un acto administrativo demandando por la vía de la *violación de las normas en que debería fundarse*, porque por ejemplo interpretó la norma de forma contraria al principio *pro operario*. Véase que no se necesita de probar un hecho concreto y objetivo de la vida real. Lo que se necesita para desvirtuar la presunción es una carga argumentativa que tenga la capacidad de demostrar que el acto administrativo contrario preceptos normativos superiores, en el plano del *puro derecho* o del análisis objetivo, sin que ello implique tener que probar un hecho concreto por algún medio probatorio específico.

Como veremos más adelante, la actuación de la entidad demandada dentro del proceso, en ningún momento, desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad del acto demandado y del decreto 1161 del 2014, ni porque probó un hecho contrario, ni por la carga argumentativa de demostrar el acierto de tal norma a luz de la Constitución.

3.1.1.4. Presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo demandado;

A partir de la lectura del precedente constitucional relacionado con el mandato de progresividad de los derechos prestacionales contenido en el artículo 48 de la Constitución, se puede extraer que dichos derechos en principio solo pueden ser modificados en procura de ser mejorados, pues eso lo ordena el mandato de progresividad.

Si embargo, dichos derechos no son pétreos en el tiempo, lo que conlleva a que sean modificables, de forma regresiva, contrario al mandato de progresividad, sin embargo, dicha modificación regresiva, se presume, en principio, inconstitucional. De ahí que se cómo estructura analítica de dicha presunción, se pueda formular la siguiente regla:

TODA REFORMA REGRESIVA DE DERECHOS PRESTACIONALES, SE PRESUME, PRIMA FACIE, CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN (INCONSTITUCIONAL) HASTA QUE NO SE DEMUESTRE LO CONTRARIO, YA QUE NO ES UN PRESUNCIÓN IURIS ET DE IURE.

3.1.1.5. Fundamento jurídico de la presunción de inconstitucionalidad invocada en el presente caso;

Es necesario presentarle al Honorable Tribunal Administrativo, el fundamento jurídico de la presunción que se invoca con la finalidad de demostrar que no se trata de una simple y llana interpretación del recurrente, sino que existe un fundamento jurídico sólido, en el precedente constitucional, y que en varias oportunidades tiene la condición de cosa juzgada constitucional, dado que es producto de análisis en sede abstracta de constitucionalidad; y en otras, producto del análisis del control concreto de protección de derechos fundamentales. Por cualquiera de las dos vías, es precedente constitucional que el Despacho Desconoce en la sentencia, si el más mínimo grado de motivación.

Tenemos entonces que 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.»

A su vez, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos tenemos en el artículo 26, lo siguiente:

“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.”

A nivel interno de nuestra Constitución, tenemos que ella en su artículo 48 señala sin posibilidad de duda lo siguiente:

“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.”

La Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC señala textualmente: "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9. Otras observaciones generales del comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aplican estas nociones al análisis concreto de derechos contenidos en el pacto; así entre otras la Observación general 4 (El derecho a un vivienda adecuada) párr. 11, la Observación general 12 (El derecho a una alimentación adecuada), párr. 19, la Observación general 13 (el derecho a la educación), párr. 45y 59; la Observación general 14 (el derecho al disfrute del más amplio nivel posible en salud) párr. 32,48 y 50; la Observación general 15 (El derecho al agua), párr. 19, 21 y 42. Por su parte el artículo 5.1 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 de Protocolo de San Salvador', aprobadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en el 2005, define la noción de progresividad del siguiente modo a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de un derecho económico social y cultural",

Sobre el alcance del principio de progresividad la jurisprudencia constitucional ha precisado que se trata de un mandato con dos contenidos complementarios, que explica de la siguiente manera:

"la amplia libertad de configuración de/legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto; todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad"²⁹

Origen de la presunción de inconstitucionalidad

En la sentencia C-671 de 2002 la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 "por el cual se estructura el Sistema de Salud de/as Fuerzas Militares y de/a Policía Nacional", se acusaba esta norma de inconstitucional por cuanto excluía como beneficiarios del Sistema de Salud a los padres de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se encontraran retirados, población que en la legislación anterior estaba vinculada al sistema.

Al momento de analizar la norma demandada, la Corte constató que dicha legislación perseguía un fin legítimo desde la perspectiva constitucional, consistente en proteger la viabilidad financiera de este sistema especial de salud, empero consideró que dicha medida

²⁹ Sentencia C-038 de 2004

era regresiva, por cuanto implicaba dejar desprotegido a un grupo poblacional que bajo el régimen anterior gozaba de los beneficios del sistema.

A causa de esta regresividad, la Corte indicó que este tipo de medidas deben presumirse inconstitucionales. Sin embargo, esta presunción podía ser desvirtuada, para lo cual era necesario acreditar dos requisitos:

- (i) cuando tratándose de razones imperiosas, resulte absolutamente necesario ese paso regresivo en un derecho social, siendo en tal sentido justificada su adopción y
- (ii) (ii) la aplicación de la medida regresiva no se muestro desproporcionada para las personas afectadas.

Desde esta perspectiva esta Corporación concluyó que si bien la norma acusada pretendía alcanzar un fin legítimo, como era proteger la especialidad y viabilidad financiera del sistema de salud de la Fuerza Pública a través de la exclusión de un grupo poblacional de su cobertura, dicha medida era desproporcionada porque implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud de esta población. En consecuencia, se declaró su constitucionalidad condicionada.

En su tenor literal dice la Honorable Corte Constitucional:

*“el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: **TODO RETROCESO FRENTE AL NIVEL DE PROTECCIÓN ALCANZADO DEBE PRESUMIRSE EN PRINCIPIO INCONSTITUCIONAL**, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”³⁰*

La sentencia C-931 de 2004, analizó la constitucionalidad de la ley anual de presupuesto para el 2004.

En esta ocasión Honorable Corte Constitucional, entre otros aspectos, estudió la constitucionalidad de la norma que dejaba de reajustar las transferencias a favor de las universidades públicas. En su análisis, la Corte señaló que de las normas constitucionales no se derivaba una obligación a cargo del Estado de actualizar los recursos financieros de estos centros educativos. Sin embargo, la ley, la jurisprudencia y los tratados de derecho internacional ratificados por Colombia e integrados al ordenamiento vía bloque de constitucionalidad, han reconocido el acceso a la educación como derecho social, lo que obligaba a su desarrollo progresivo, por lo tanto la Corte advirtió que la disposición examinada resultaba prima facie inconstitucional, como quiera que introducía un retroceso en un derecho social debido a que el congelamiento de los recursos otorgados a las instituciones públicas de educación superior obligaba limitar el acceso a este nivel de educación. En atención a lo anterior, la corte procedió a realizar un juicio de proporcionalidad que determinara si la medida regresiva se encontraba justificada por la necesidad de obtener un objetivo imperioso constitucionalmente válido, y si, además, era

³⁰ Énfasis nuestro.

razonable y proporcionada, el cual condujo nuevamente a una declaratoria de constitucionalidad condicionada de la disposición acusada.

En la sentencia C-991 de 2004 se examinó la constitucionalidad de la Ley 812 de 2002, que fijaba un límite temporal a la protección laboral reforzada, dentro de procesos de renovación de la administración pública, a favor de sujetos de especial protección constitucional, esto es, madres y padres cabeza de familia y discapacitados (personas con limitación física, mental, visual o auditiva), la norma era acusada de implicar una regresión en la protección, en tanto la legislación anterior sobre el tema, esto es, el artículo 12 de la ley 790 de 2002, no incorporaba este límite temporal. La medida fue declarada inexecutable, por cuanto afectaba en alto grado la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional. Por lo tanto, fue declarada la inexecutable de la norma acusada.

También en materia de tutela se ha reiterado el alcance del principio de progresividad, así en la sentencia T-1318 de 2005 se declaró contraria a este principio la actuación del municipio de Palmira que había reducido el monto de los subsidios otorgados a los beneficiarios de un proyecto de vivienda de interés social alegando incapacidad financiera la Sala séptima de revisión constató que la reducción de los subsidios para el acceso a la vivienda de interés social constituye una medida regresiva en el derecho social a una vivienda digna.

En la sentencia T-043 de 2007 se ordenó la inaplicación de las disposiciones de la Ley 860 de 2003 que establecían condiciones más gravosas para el acceso a la pensión de invalidez frente a los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 por considerarlas contrarias al principio de progresividad.

Igualmente, en numerosos fallos de tutela relacionadas con menores que habla sido excluidos de la educación pública financiada con los recursos del sistema general de participaciones, en razón de su edad el mandato de progresividad en los derechos económicos, sociales y culturales ha sido un elemento relevante para decidir los diferentes casos, al respecto puede consultarse la sentencia T-273 de 2007. Por ser contrarias al principio de progresividad también se ha ordenado la inaplicación de disposiciones reglamentarias que excluían de la calidad de beneficiarios de seguridad social en salud a los padres de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ver sentencias T-267 de 2006 y T-418 de 2007.

En una de tantas oportunidades la Honorable Corte Constitucional, dijo que:

*“El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una **prohibición prima facie**. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está*

*sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”*³¹Sentencia C-038 de 2004

Posteriormente siguiendo dicha línea de interpretación del mandato de progresividad dijo:

*“El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción. El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: **TODO RETROCESO FRENTE AL NIVEL DE PROTECCIÓN ALCANZADO DEBE PRESUMIRSE EN PRINCIPIO INCONSTITUCIONAL**, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”*.³² C- 1141 de 2008

Recientemente tenemos las siguientes palabras:

*“Del mismo modo la jurisprudencia constitucional estableció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe prima **FACIE LA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE TODO RETROCESO** y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de estos derechos”*³³
Sentencia C-228/11

En precedente de mas cercanía se reitera lo señalado en el anterior precedente, con la connotación que es una reiteración que tiene la condición de ser cosa juzgada constitución y los efectos que ello implica dentro del ordenamiento jurídico, pues es realizado en una sentencia de constitucionalidad, que entre otras cosas era obligatoria su aplicación, pero el Despacho se sustrajo de ello. Dice textualmente:

*“El respeto del principio de progresividad, que conlleva la regla de no regresividad ha sido parámetro de constitucionalidad, al igual que un elemento de análisis al verificar la violación de derechos constitucionales, principalmente alrededor de los derechos a la seguridad social, al medio ambiente, a la vivienda, a la salud y al trabajo. El desarrollo de este principio en conjunto con la regla de no regresividad es diferente respecto de cada derecho. No obstante, **LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL MISMO HA DETERMINADO CIERTAS REGLAS GENERALES**, a saber: (i) **LAS MEDIDAS QUE CONSTITUYAN UN RETROCESO EN LA***

³¹ Énfasis del texto original.

³² Énfasis propio.

³³ Énfasis propio.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES SON PRIMA FACIE INCONSTITUCIONALE³⁴; (ii) la libre configuración del Legislador se reduce en materia de estos derechos, en tanto que cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, **tiene el deber de justificación** conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración; (iii) **LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD TAMBIÉN ES APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN**; (iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos; y (v) en relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente “(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados” **Sentencia C-046/18**

Esto es solo una parte de todo el precedente de la Honorable Corte Constitucional que establece la presunción de inconstitucionalidad invocada en el presente caso, y que, por cuestiones de práctica, no se procede a citar, pues el Honorable Tribunal Administrativo es conecedor del mismo. Así queda demostrado el origen, existencia y los instrumentos jurídicos que contiene tal presunción.

Ahora, para hacer mas entendible y demostrar que la presunción de inconstitucionalidad se aplica al subsidio de familia, traigamos a colación las palabras del Honorable Consejo de Estado, en la sentencia relacionada con el subsidio de familia de los soldados profesionales donde acoge tal presunción.

“Para la Sala es claro que los soldados profesionales tuvieron reconocido el derecho objetivo al subsidio familiar por razón o con ocasión de la previsión contenida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y que contrario a lo dicho por las entidades demandadas en sus escritos de defensa, este derecho fue revertido, eliminado y suprimido por virtud de lo normado en el artículo 1 del Decreto 3770 de 2009, acto posterior que al derogar la disposición que lo reconocía cesó por completo su vigencia al expulsarla del ordenamiento jurídico.

*Salta a la vista entonces que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009, en la medida en que desalojan del universo jurídico el derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales, constituyen per se un retroceso. **SE TRATA DE NORMAS REGRESIVAS QUE AFECTAN EL DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE ESTOS INTEGRANTES DE LAS FUERZAS***

³⁴ Se transcribe la cita de la Corte: “Un segundo momento relevante en la jurisprudencia constitucional en la evolución del principio de progresividad, puede asociarse a un conjunto de decisiones en las que se estableció que diversas medidas, que reflejaban un retroceso en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales se presumían inconstitucionales. Esta postura, aún vigente, se desarrolló con especial claridad en la Sentencia C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En esa decisión, la Corte Constitucional analizó una reforma al Código Sustantivo del Trabajo, destinada a reducir los costos del contrato laboral, especialmente, en lo relacionado con la remuneración por trabajo extra o trabajo nocturno. Por ejemplo, en la reforma se extendió la jornada diurna hasta las 10 de la noche.

Al estudiar la norma, esta Corporación señaló que las medidas que constituyan **un retroceso en la protección de los derechos sociales son prima facie inconstitucionales**. Preciso que de acuerdo con la Observación General No. 3 del Comité DESC, las disposiciones deliberadamente retroactivas deben ser plenamente justificadas por parte del Estado. Y puntualizó que, de conformidad con la Observación No. 14 sobre el derecho a la salud del mismo Comité, corresponde al Estado demostrar que las medidas regresivas se aplican “tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

MILITARES, Y POR TANTO, DEBEN SER CONSIDERADAS COMO INCONSTITUCIONALES PRIMA FACIE.³⁵

*Ahora bien, dado que la sala ha considerado que las normas contenidas en el Decreto 3770 de 2009 se presumen afectadas de invalidez dado su carácter regresivo al no simplemente tornar nugatorio el derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales, sino al erradicarlo por completo y privar a un grupo poblacional de trabajadores del Estado de cualquier posibilidad de goce; se hace necesario realizar un escrutinio más riguroso respecto de la razonabilidad, legitimidad y proporcionalidad de la medida.”*³⁶

Llama la atención poderosamente el análisis que hace el Honorable Consejo de Estado, en esta oportunidad, en donde reconoce que no solo es presumible por inconstitucional la reforma que elimina un derecho prestacional, sino también la reforma que lo *simplemente torna nugatorio el derecho objetivo*, como es el caso que nos ocupa.

3.1.1.6. Prueba de los hechos que sirven de base a la presunción. Aplicación de la máxima praesumptio de presunto no amittitur

La estructura analítica de la presunción, enseña que siempre hay dos hechos. Un primer hecho tiene que ver con el hecho base de la presunción, que debe estar acreditado en el proceso por cualquiera de los medios probatorios o instituciones probatorios contenidas en el código.

Un segundo hecho, es el hecho que se presume, y que en algunas oportunidades no admite prueba en contrario, y en la mayoría sí. Si no se probó lo contrario, entonces se debe tener como cierto el hecho presunto, siempre que esté acreditado el hecho base de la presunción.

Así las cosas, se nos hace imperioso un análisis de los hechos de base que están acreditados en el proceso, ya sea porque son aceptados o porque son notorios y no requieren prueba. Antes de ese análisis, traigamos a colación la presunción, para de ahí extraer cual es el hecho base que debe estar acreditado y cual es el hecho presumido:

TODA REFORMA REGRESIVA DE DERECHOS PRESTACIONALES, SE PRESUME, PRIMA FACIE, CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN (INCONSTITUCIONAL) HASTA QUE NO SE DEMUESTRE LO CONTRARIO, YA QUE NO ES UN PRESUNCIÓN IURIS ET DE IURE.

HECHO BASE	HECHO PRESUMIDO
<u>TODA REFORMA REGRESIVA DE DERECHOS PRESTACIONALES</u>	<u>SE PRESUME, PRIMA FACIE, CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN (INCONSTITUCIONAL)</u>

Como hecho base, en el proceso está acreditado lo siguiente:

ACREDITACIÓN DEL HECHO BASE DE LA PRESUNCIÓN
En el proceso esta acreditado, ya porque es un hecho notorio, ya porque las partes no lo discuten, ya porque el mismo Despacho así lo entiende lo siguiente:

³⁵ Énfasis fuera del original.

³⁶ sentencia Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

1. **LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSIDIO DE FAMILIA** para los soldados profesionales: La sentencia **Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010** Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, lo define como: *“El subsidio familiar se considera como una prestación propia del régimen de seguridad social. La Corte Constitucional en Sentencia C-508 de 1997, puso de presente que, de acuerdo con su desarrollo legislativo, en Colombia, el subsidio familiar se puede definir como una prestación social legal de carácter laboral y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. (...) Sin embargo, las consideraciones efectuadas respecto de la naturaleza, principios, teleología, propósito y objetivos que persigue esta prestación social desde su creación hasta nuestros tiempos son perfectamente observables y atendibles tratándose de analizar su alcance frente a su reconocimiento para con estos servidores públicos del Estado”*
2. **QUE EL GOBIERNO NACIONAL CREÓ UN SUBSIDIO DE FAMILIA PARA LOS SOLDADOS** por medio del decreto 1794 de 2000, que se liquida así: *“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.”*
3. **QUE DICHO SUBSIDIO DE FAMILIA FUE DEROGADO POR EL DECRETO 3770 DE 2009:** *“ARTÍCULO 2°. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000,”*
4. **QUE EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO DECLARÓ LA NULIDAD DEL DECRETO 3770 DE 2009,** por medio de la sentencia **Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010** Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS: : *“FALLA: DECLARAR, con efectos ex tunc, la nulidad total del decreto 3770 de 2009, por medio del cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones, expedido por el gobierno nacional.”*
5. **EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, EN DESARROLLO DE LAS NORMAS GENERALES SEÑALADAS EN LAS LEYES 4º DE 1992 Y 923 DE 2004, PROMULGÓ EL DECRETO 1161 DE 2014.**
6. **QUE DICHO DECRETO SEÑALA:** *“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.”

7. **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B”** Consejero ponente: **CESAR PALOMINO CORTES** Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). **EN AUTO QUE NO ACCEDIÓ A LA ADICIÓN Y ACLARACIÓN DIJO QUE:** *“La declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en **el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000**, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando **fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014**, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.”*
8. La norma subrogatoria, esto es el decreto 1161 de 2014, del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, introduce una modificación al derecho prestacional del subsidio de familia, pero dicha modificación es regresiva, pues el contenido económico introducido es inferior al contenido económico que recibe el soldado por dicho concepto cuando es liquidado con base en lo señalado en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.
9. Que el acto administrativo reconoció el subsidio de familia del demandante es proferido bajo la vigencia y de acuerdo a lo señalado en el decreto 1161 de 2014, es decir, con base en el decreto que introduce la reforma regresiva.
10. Que el demandante pidió que se le reconociera el subsidio de familia, el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, y dicho reconocimiento fue negado.

Siguiendo con la línea de argumentación propuesta, es importante que ahora pasar a señalar cual es el hecho que se presume, y que el Despacho desconoció:

HECHO PRESUMIDO

SE PRESUME, PRIMA FACIE, CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN (INCONSTITUCIONAL)

3.1.1.7. Análisis de la actuación realizada por la entidad demandada con miras a desvirtuar dicha presunción;

Como ya se dijo la presunción invocada tiene la condición de admitir prueba en contrario, es del caso entonces hacer un análisis de la actuación que tuvo la entidad demandada a lo largo del proceso con la finalidad de desvirtuar tal presunción, ya sea porque probó un hecho contrario al presumido, ya sea porque con la carga argumentativo demostró el acierto del acto administrativo frente al mandato de progresividad.

Si bien es cierto que la entidad contestó la demanda, también es cierto, que nada dijo con relación a la viabilidad del reconocimiento del subsidio de familia, ni siquiera como argumentos de defensa presentó alguno que defendiera la legalidad del acto administrativo. Tampoco presentó argumento alguno con el objetivo de desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre el acto enjuiciado y sobre el decreto 1161 de 2014 que permita concluir que dicho acto, a pesar que se fundamenta en una norma regresiva, no es violatorio del principio de progresividad, o, en otras palabras, desvirtuar la presunción señalada.

Ante dicha pasividad, teniendo la carga de desvirtuar la presunción, al Despacho no le quedaba más remedio que proceder a tener como probado, el hecho presumido, esto es, que el acto demandado que esta fundamentado en el decreto 1161 de 2014, se presume inconstitucional, por ser contrario al mandato de progresividad, y proceder a inaplicarlos por la vía de la excepción de inconstitucionalidad.

Huelga decir, que la carga de probar dicha presunción la tiene la entidad demandada, y no, el Despacho, pues en la actividad probatorio es neutro, razón por la cual, si la entidad demandada no satisface dicha carga, el despacho no puede suplir la inactividad procesal de la entidad, para darla por cierta sin estarla, o para inclinar el proceso a favor de la entidad, rompiendo el “principio de igualdad de armas”, propio del derecho fundamental a la igualdad.

3.1.1.8. Lo que debió hacer el Despacho en el caso sub judice

EL Despacho en la providencia debió verificar y motivar la existencia de la presunción de inconstitucionalidad, lo que implica acatar el precedente constitucional que contiene tal presunción. Para dar a conocer la argumentación por medio de la cual el Despacho o se aparta o entiende que se aplica la presunción.

Una vez verificada la existencia de la presunción, la falta de justificación de la entidad demandada para desvirtuarla, debió proceder a lo siguiente:

1. Declarar la presunción de inconstitucionalidad del acto demandando y del decreto en el cual se fundamenta dicho acto administrativo.
2. Debió proceder a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, aplicando el artículo 4 de la constitución, y en su lugar inaplicar el acto demandado.
3. Preceder a aplicar la constitución directamente, por la vía del artículo 48, y reconocer a título de restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago del subsidio de familia al demandante con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

3.1.1.9. *A modo de conclusión:*

El acto administrativo demandado debió ser inaplicado, por la vía de la excepción de inconstitucionalidad que fue invocada de forma subsidiaria en las pretensiones de la demanda, como quiera que existe una presunción de inconstitucionalidad sobre él, y que no fue desvirtuada por la entidad demanda a lo largo de su actividad probatoria y argumentativa dentro del proceso.

La excepción de inconstitucionalidad presentada, y la inaplicación del acto, se torna legítimas y realizables en el presente proceso, incluso si el demandante no reúne los presupuestos del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, pues en cuyo caso se debe declarar la nulidad, y la que estaría a llamar es la pretensión principal y no la subsidiaria, pues en tal evento se desvirtúa la presunción de legalidad que pesa sobre el mismo.

3.6. CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la sentencia de ser totalmente contraria al artículo 53 de la constitución en lo que tiene que ver con el principio de favorabilidad

DEMOSTRACIÓN:

El Despacho ignora lo que se le pidió en la demanda con relación a la inaplicación del acto administrativo por ser violatorio de la Constitución Política, de manera especial, en lo que tiene que ver con el principio de favorabilidad y el “in dubio pro operario”.

Si el Honorable Tribunal Administrativo no acepta la interpretación del Consejo de Estado, expuesta en el auto³⁷ antes referido, según la cual el decreto 1161 del 2014, subrogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, entonces se hace necesario un análisis sobre el principio de favorabilidad, ya que estarían vigentes los dos decretos, en cuyo caso, se debe aplicar el más favorable al derecho del demandante.

Incluso, yendo más lejos, y presentando otra interpretación al Honorable Tribunal, también tiene derecho el Demandante al reconocimiento del subsidio de familia, tal tesis sería la siguiente:

Como el último acto jurídico en la línea de tiempo es la sentencia **Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010** Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS: : **“FALLA: DECLARAR, con efectos ex tunc, la nulidad total del decreto 3770 de 2009, por medio del**

³⁷ **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES** Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). **EN AUTO QUE NO ACCEDIÓ A LA ADICIÓN Y ACLARACIÓN DIJO QUE:** “La declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en **el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000**, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando **fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014**, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.”

cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones, expedido por el gobierno nacional.” Este sería el momento exacto en que revivió el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, razón por la cual se puede entender que automáticamente deroga todo lo que lo contrarie, interpretación que haría palmaria la nulidad del acto administrativo.

Cualquiera de las tres interpretaciones posibles sobre la vigencia en el tiempo del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, analizada a la luz del principio de favorabilidad, permite concluir con un grado de certeza definido que el demandante tiene derecho al reconocimiento del subsidio de familia que demandan es esta oportunidad. Tal omisión del Despacho, contraria por inacción los principios constitucionales aplicables al presente caso.

3.7. CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la sentencia de ser totalmente contraria al artículo 13 de la constitución en lo que tiene que ver con el principio y derecho fundamental a la igualdad

DEMOSTRACIÓN:

En la demanda también se le pidió al Despacho un análisis de la realidad que vive mi poderdante frente a otros soldados profesionales que tienen el derecho del subsidio de familia reconocido en mejores condiciones que él. Dicho análisis fue rogado al Despacho, sin embargo, este ignoró la demanda, con base en el derecho fundamental a la igualdad.

En cumplimiento de lo señalado en el precedente constitucional³⁸, T-079/95: “[e]l afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación” este apoderado le manifestó al Despacho en la demanda lo siguiente:

“manifestarle al despacho, que, en la actualidad, dentro de la institución, existe un grupo de soldados que se encierran devengando del subsidio de familia con base en el decreto 1794 de 2000, y que reciben por su pago alrededor de 700.000 pesos mensuales. Así mismo, existe otro grupo que se encuentra devengando un subsidio de familia con base en el decreto 1161 de 2014, y que reciben por su pago alrededor de 300.000 pesos mensuales. Como a simple vista se puede ver, y como lo puede observar el despacho en los desprendibles de pago de las personas que aquí demandan, existe una desigualdad, injustificada, que supera el 50% del subsidio de familia. Hecho este que genera un absoluto estado de discriminación para los derechos de los soldados profesionales”

Se le presentó el termino de comparación, sin embargo, el Despacho no tuvo en cuenta tal realidad, máxime si se tiene en cuenta que la entidad demandada no se opone y menos justifica tal discriminación, lo que indica que el Despacho debió proceder como lo dice el Precedente constitucional:

³⁸ T-230/94: (...) si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato”. H. Corte Constitucional, dijo en la Sentencia T-335/00 ratificado en la sentencia T-079/95: “[e]l afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación”

En Sentencia T-247 de 2010- dice, con absoluta claridad y siguiendo la interrumpida tendencia, lo siguiente:

“EN LOS EVENTOS DE PRESUNTA DISCRIMINACIÓN RESULTARÍA INEQUITATIVO Y CONTRARIO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE LA CARGA PROBATORIA RECAYERA EXCLUSIVAMENTE SOBRE LA PERSONA QUE ALEGA SER VÍCTIMA DE DICHA DISCRIMINACIÓN, por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realiza la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se indicó, COLOCAN UNA CARGA PROBATORIA ESPECIAL EN EL ACUSADO, PUES ESTARÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR QUE SU CONDUCTA ES CLARAMENTE GARANTISTA DEL DERECHO DE IGUALDAD y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.³⁹

En la sentencia T- 863 de 2011, la Corte fue más clara y su análisis fue más profundo, pues aseveró con total claridad, que la carga de la prueba la tiene quien es acusado del trato discriminatorio, *ipso iure*, si no, además, la consecuencia jurídica del incumplimiento de la carga probatoria por el demandado, dijo literalmente:

*“Todo lo cual quiere decir que, entonces, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, y eso puede hacerlo por ejemplo por medio de indicios. Si lo hace, ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar de manera aceptable que el acto no fue discriminatorio. **Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN.** Pues ese es, en efecto, el modo más equitativo de resolver problemas de discriminación, en los cuales suelen existir dificultades probatorias relevantes”*⁴⁰

La entidad no satisfizo la carga de la prueba, no desvirtuó el trato injustificado y discriminatorio que le da a mi poderdante en relación con el subsidio de familia, inferior, al que reciben otros soldados profesionales en las mismas condiciones laborales que el demandante, razón suficiente para el Despacho, y en esta oportunidad el Honorable Tribunal Administrativo, den aplicación a **“Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN”** se proceda a revocar la Sentencia y se acceda al reconocimiento del subsidio de familia como fue pedido en la demanda.

3. PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con el respeto merecido, me dirijo a los Honorables Magistrados del Tribunal Administrativo para hacerles las siguientes suplicas:

1. Se aplique la excepción de ilegalidad o excepción de inconstitucionalidad, en aras de que se inaplique el artículo 287 del Código General Del Proceso, y en su lugar se

³⁹ Énfasis propio.

⁴⁰ Énfasis propio.

aplique el artículo 55 la ley estatutaria de administración de justicia y el derecho fundamental al debido proceso y doble instancia.

2. Pretensión subsidiaria a la anterior, se proceda de acuerdo a lo señalado en el artículo 287 del Código General Del Proceso.
3. Se revoque, por los cargos aquí analizados el numeral segundo, de la sentencia que en su tener literal dice: “**SEGUNDO: DENEGAR** las pretensiones principales de la demanda respecto de la nulidad del acto administrativo 20183112157541: MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPERDIPER-1-10 del 6 de noviembre de 2018 y de declaración de nulidad del acto administrativo ficto o presunto respecto de la petición presentada con el radicado 864H8VK39D instauradas por el señor JORGE EDUARDO MANZANO CORDOBA, en contra de la NACIÓN –MINISTERO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL, de conformidad con la parte considerativa del presente fallo.”
4. Se revoque, por los cargos aquí analizados el numeral tercero, de la sentencia que en su tener literal dice: “**TERCERO: Por** carecer de fundamentos fácticos y jurídicos y en tanto los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, despachar desfavorablemente las pretensiones de aplicación de excepción de inconstitucionalidad y de convencionalidad reclamadas como pretensiones subsidiarias de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia y de su aclaración.”
5. En su lugar se accedan a las pretensiones, ya sean las principales o las subsidiarias de la demanda con los actos administrativos demandados, esto es la nulidad o las excepciones de constitucionalidad o convencionalidad propuestas.
6. A su vez se acceda al restablecimiento del derecho como fue señalado en la demanda, tanto de la prima de actividad como del 20% y del subsidio de familia, por los cargos aquí analizados.
7. Condenar en costas a la entidad demandada en esta instancia y en primera.

WILMER YACKSON PEÑA SÁNCHEZ

C.C No. 1.099.342.720 de Jesús María Santander

T.P. 272.734 del C. S. de la J.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA. Proceso: 2020-00055 Demandante: S.L.P GILMER MOLINA CASTAÑEDA Demandado: EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN.

Wilmer Peña <yacksonabogado@gmail.com>

Vie 3/12/2021 7:01 AM

Para: Juzgado 01 Administrativo - Putumayo - Mocoa <j01admmoc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: ceoju@buzonejercito.mil.co <ceoju@buzonejercito.mil.co>; sac@buzonejercito.mil.co <sac@buzonejercito.mil.co>

Señor

JUEZ 01 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MOCOA

E. S. D.

Demandante: S.L.P **GILMER MOLINA CASTAÑEDA**

Demandado: **EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN.**

Ref. **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Proceso: **2020-00055**

Asunto: **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA.**

WILMER YACKSON PEÑA SÁNCHEZ, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.099.342.720 de Jesús María Santander, y con Tarjeta Profesional número 272.734 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado del señor **GILMER MOLINA CASTAÑEDA**, identificado con cédula de Ciudadanía 11.224.865 de Girardot, me permito de forma respetuosa presentar ante su despacho, **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL RESUELVE SEGUNDO Y TERCERO DE LA SENTENCIA ADICIONADA, ADICIONADOS POR LA SENTENCIA ADITIVA**, proferida por usted, a fin de solicitar la revocatoria completa de dicha sentencia, de acuerdo a lo siguiente:



Libre de virus. www.avast.com

Señor

JUEZ 01 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MOCOA

E.

S.

D.

Demandante: S.L.P **GILMER MOLINA CASTAÑEDA**

Demandado: **EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN.**

Ref. **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Proceso: **2020-00055**

Asunto: **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA.**

WILMER YACKSON PEÑA SÁNCHEZ, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.099.342.720 de Jesús María Santander, y con Tarjeta Profesional número 272.734 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado del señor **GILMER MOLINA CASTAÑEDA**, identificado con cédula de Ciudadanía 11.224.865 de Girardot, me permito de forma respetuosa presentar ante su despacho, **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL RESUELVE SEGUNDO Y TERCERO DE LA SENTENCIA ADICIONADA, ADICIONADOS POR LA SENTENCIA ADITIVA**, proferida por usted, a fin de solicitar la revocatoria completa de dicha sentencia, de acuerdo a lo siguiente:

I. EXORDIO

Somos una república organizada bajo un sistema democrático, sistema que su fundamenta en el respeto de las opciones y opiniones de los demás, y que exige que, en caso de desavenencia, dicha sea resueltas por la vía del dialogo. La posibilidad de disentir de la argumentación que se establece en de las decisiones judiciales, es un derecho, garantizado por el acceso a una segunda instancia, obviamente fundamentado en argumentos racionales y razonables.

Sobre esas consideraciones es que presento este recurso, nuestro respeto por el Despacho y así como por el Señor Juez y su equipo de trabajo, no se ven alterados en nada, por el contrario, ruego que, si en este escrito existe alguna expresión desobligante para el Despacho, sea tenida como no presentada y ruego la caridad de quien la recibe me excuse.

No compartimos ni la decisión, ni la motivación de la misma, ni algunas actuaciones del Despacho, omisivas, y por eso la presentamos ante el Honorable Tribunal, para quien sea el quien juzgue de acuerdo a su recto entender y proceder.

Igualmente ruego, excusas para quien debe leer este escrito, las imprecisiones en materia de redacción, debido a la “desobligante” extensión del mismo, y la premura del tiempo, no fue posible hacer un análisis de estilo como lo amerita la dignidad de los destinatarios.

Para efectos metodológicos me permito respetuosamente presentar la siguiente tabla de contenido.

Contenido

Proceso: 2020-00068	1
I. EXORDIO	1
II. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA Y SOLICITUD DE NULIDAD PARCIAL DE LA SENTENCIA.	3
1. OMISIONES CON RELACIÓN A LOS “ASUNTOS” DE TIPO JURÍDICO PLANTEADOS EN LA DEMANDA.	4

1.1.	EN LO RELACIONADO CON EL 20%.....	4
1.2.	EN LO RELACIONADO CON EL RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD.	5
1.3.	MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN, FRENTE A LA IGUALDAD SALARIAL DEL 20% Y PRIMA DE ACTIVIDAD	6
1.4.	EN LO RELACIONADO CON EL SUBSIDIO DE FAMILIA	8
1.5.	NO SE ARGUMENTÓ SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE NEGÓ EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL REAJUSTE DEL SUBSIDIO DE FAMILIA.	9
1.6.	NO RESOLVIÓ LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS.....	9
2.	PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EXTERNA DE LA SENTENCIA.	10
2.1.	FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES.....	10
2.2.	MODALIDADES DE INCONGRUENCIA.....	12
3.	PRETENSIÓN DE EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD O EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN ARAS DE QUE SE INAPLIQUE EL ARTÍCULO 287 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, Y EN SU LUGAR SE APLIQUE EL ARTÍCULO 55 LA LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y DOBLE INSTANCIA.....	13
4.	PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA ANTERIOR.....	13
III.	MOTIVOS DE DISENSO FRENTE A LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO ...	14
1.	CON RELACIÓN AL RECONOCIMIENTO DEL REAJUSTE DEL 20% SALARIAL.....	14
1.1.	SENTENCIA RECURRIDA.....	14
1.2.	CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA	20
1.3.	CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA	22
1.4.	CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA	24
1.5.	CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA	26
1.6.	CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA.....	27
1.7.	CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA.	29
1.8.	CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	29
1.9.	CARGO OCTAVO CONTRA LA SENTENCIA.....	31
1.10.	CARGO NOVENO CONTRA LA SENTENCIA.....	33
1.11.	CARGO DÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	34
1.12.	CARGO UNDÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	35
1.13.	CARGO DUODÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA	37
1.14.	CARGO DÉCIMO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA.....	40
2.	CON RELACIÓN A LA PRIMA DE ACTIVIDAD	41
2.1.	SENTENCIA RECURRIDA.....	41
2.2.	CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA	44
2.3.	CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA.	45

2.4.	CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA	48
2.5.	CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA.	50
2.6.	CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA.....	51
2.7.	CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA.....	54
2.8.	CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA	55
3.	CON RELACIÓN AL SUBSIDIO DE FAMILIA	55
3.1.	Sentencia Recurrída.....	55
3.2.	CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA	57
3.3.	CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA	66
3.4.	CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA	67
3.6.	CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA	82
3.7.	CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA.....	83
3.	PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	85

II. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA Y SOLICITUD DE NULIDAD PARCIAL DE LA SENTENCIA.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que está por encima de la Ley 1437 de 2011, en jerarquía normativa, dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 55. ELABORACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS JUDICIALES DEBERÁN REFERIRSE A TODOS LOS HECHOS y ASUNTOS planteados en el proceso por los sujetos procesales.”

La razón de ser de dicha norma estatutaria esta para garantizar los demás principios constitucionales del derecho procesal, específicamente, la garantía de los principios de transparencia, acceso a la administración de justicia, doble instancia y tutela judicial efectiva, en cuanto las partes e intervinientes en el proceso deben ver debidamente motivadas y resueltas todas las situaciones que plantean y todas las causales de nulidad que invocan.

Dicho artículo 55 comporta una doble naturaleza jurídica, de un lado, se estable un derecho estatutario para el usuario de la administración de justicia, contentivo de una garantía de que sus manifestaciones, tanto de tipo factico, como de tipo jurídico sean resueltas en su totalidad; de otro lado, comporta una obligación del Juez de la causa, consistente en pronunciarse de fondo, de forma oportuna, concisa y concreta, sobre todas y cada una de las peticiones que el usuario eleva en la demanda, o en la contestación de la misma.

Teniendo como premisa lo anterior, es importante, colocar en contexto del H. Tribunal, que dicha obligación, dentro de este expediente no fue cumplida por parte del Despacho, generando a su vez una violación de los derechos fundamentales de quien aquí represento.

Para efectos de demostrar la afirmación relacionada con las omisiones del Despacho, respetuosamente le presentamos, al H. Tribunal, los siguientes tópicos que fueron planteados en la demanda y que el Despacho no realizó pronunciamiento alguno sobre ellos:

1. OMISIONES CON RELACIÓN A LOS “ASUNTOS” DE TIPO JURÍDICO PLANTEADOS EN LA DEMANDA.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho tiene como característica que la parte demandante debe enmarcar el ataque de la nulidad del acto administrativo en las causales legalmente establecidas para sancionar la ilegalidad del acto administrativo. El artículo 162 numeral 4. Establece unos requisitos de la demanda, señala que: “Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación¹”

Esto es una obligación para el abogado que presente la demanda de nulidad, indicar cuales normas nos violadas por el acto administrativo, y las razones del porqué de la violación. Pero dicha obligación, no comporta una actividad de decoro de la demanda, sino que, a su vez, comporta una obligación para el fallador, de referirse a cada cargo de nulidad, para descartar la ilegalidad del acto administrativo, o en su lugar para declarar la ilegalidad denunciada.

Así mismo, la parte demandada, en aras de defender la legalidad del acto administrativo, puede presentar una argumentación jurídica de defensa, que de ser así el fallador deberá también analizar. En el presente caso, tanto en la demanda, como en la contestación de la demanda, se presentaron sendos análisis jurídicos, de un lado para desvirtuar la presunción de legalidad del acto, y del otro para defenderla, respectivamente, pero el *a quo* no se pronunció sobre la totalidad de ellos, como lo vamos a explicar a continuación:

1.1. EN LO RELACIONADO CON EL 20%

En la demanda se le dijo al Despacho que declara la nulidad de los actos administrativos demandando o en su defecto las excepciones de in constitucionalidad o de convencionalidad, porque se considera que dichos actos administrativos son contrarios al ordenamiento, y se le expuso unos cargos de violación donde se le dijo:

aa. ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ART 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD DE TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL. REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

Hay sentencia de unificación del tema “trabajo igual, salario igual” y no fue analizado con exhaustividad esta situación en la demanda, el despacho debió manifestar si se cumplen o no con las condiciones de la sentencia de unificación de este tema, y en caso de ser cumplidas, debió manifestar la motivación por la cual se aparta de la sentencia de unificación.

Es importante que el Despacho tenga claro que lo que le pedimos que adicione es la argumentación que tiene el deber constitucional de presentar cuando se aparta de una sentencia de unificación de la Honorable Corte Constitucional, en este caso la **Sentencia SU-519/97**.

Como parte demandante no sabemos si el Despacho no encontró probadas las hipótesis fácticas que se establecen es tal sentencia, o si, en caso de estar probadas decidió apartarse

¹ Énfasis propio.

de ellas. Situación que nos cercena el derecho fundamental a la doble instancia, pues materialmente no podemos apelar tal argumentación.

Tampoco dijo nada, de la realidad sobre las formas en materia laboral. La formalidad de la fecha de vinculación que el Despacho toma como criterio objetivo, no fue analizada con relación a la primacía de la realidad sobre la formalidad como un derecho del demandante. No hay una justificación relacionada a determinar como la fecha de vinculación del demandante justifica la ruptura de la realidad de las condiciones laborales que vive en la institución. Esto fue pedido en la demanda, pero el Despacho no hace la menor consideración en la sentencia. Punto que queda sin resolver. Máxime si se tiene en cuenta que se le colocó de presente una discriminación sistemática que viven los soldados con relación al tema de los derechos laborales, expuesta en el primer acápite del concepto de violación.

bb. ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, ART 209 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA- Y DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN LAS FUERZAS MILITARES PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES

Se desconoce cuál fue la justificación que el Despacho encontró para aceptar la desigualdad salarial que vive mi poderdante, como servidor público de carrera administrativa, a la luz de los principios de constitucionales de la carrera administrativa. No se conoce la argumentación del despacho que justifique que dos miembros de la misma carrera administrativa, ambos vinculados después de su entrada en vigencia, con mismo mérito, haciendo mismas funciones deben soportar un salario desigual a la luz del principio de igualdad de oportunidades. Totalmente desconocido, a pesar de que fue pedido en la demanda.

Reiteramos, no le exigimos al despacho que acoja lo que se le plantea en la demanda, lo que le rogamos es que nos resuelva todos y cada uno de los puntos que se le plantearon en la demanda, como cargos de nulidad y de las pretensiones subsidiarias.

1.2. EN LO RELACIONADO CON EL RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD.

En el concepto de violación, amparados en la causal invocada, se le dijo respetuosamente al despacho que:

- a. **ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ART 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD EN QUE OFICIALES, SUBOFICIALES Y SOLDADOS, TIENE LA MISMA CONDICIÓN DE IGUALDAD, EN LO QUE TIENE QUE VER CON SER MIEMBROS DE LA FUERZAS ARMADAS DE COLOMBIA, NO EN LA JERARQUÍA DE MANDO.**

Allí se le dijo que el acto administrativo que negó la prima de actividad era nulo, o en su defecto susceptible de excepción de inconstitucionalidad o de convencionalidad, ya que no tiene en cuenta

“Los oficiales y suboficiales tienen la misma categoría jurídica, es decir, son iguales, con los soldados profesionales, bajo el criterio de que son miembros de las Fuerzas Militares. Es de aclarar, que no se afirma que sean iguales, en las obligaciones y rango en la carrera. Lo que se está diciendo, es que son iguales, únicamente y solamente, en la medida en que los dos grupos, hacen parte de las Fuerzas Militares. Razón de ello, son los juicios de igualdad que ha podido realizar el Honorable Consejo de Estado, y que han sido, algunos, citados.

Los dos grupos, GRUPO 1. oficiales y suboficiales; GRUPO 2: los soldados profesionales, son iguales, frente al supuesto de hecho de la norma que consagra la prima de actividad.”

Se le dijo que debido a la **ESTRUCTURA ANALÍTICA-CONCEPTUAL DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD** y teniendo como parámetro la **ESTRUCTURA ANALÍTICA DE LAS NORMAS QUE CONSAGRAN LA PRIMA DE ACTIVIDAD, NO EXISTE UN CRITERIO OBJETIVO PARA LA NO INCLUSIÓN DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD PARA EL SOLDADO PROFESIONAL.**

Ningún análisis se presenta en la sentencia proferida por el Despacho de estas afirmaciones, dejando al demandante en una especie de limbo argumentativo.

Este punto no fue resuelto con profundidad por el Despacho. En la demanda se le dijo que **“OFICIALES, SUBOFICIALES Y SOLDADOS, TIENE LA MISMA CONDICIÓN DE IGUALDAD, EN LO QUE TIENE QUE VER CON SER MIEMBROS DE LA FUERZAS ARMADAS DE COLOMBIA, NO EN LA JERARQUÍA DE MANDO”** es decir que la igualdad que le pedimos que declarara no era en lo que tiene que ver con las funciones, pues con antelación y claridad en la demanda se le dijo que eso no era lo que se le pedía al Despacho. A pesar de eso, el Despacho optó por decir que el demandante no tiene derecho a la prima de igualdad porque no tiene la misma formación y funciones de los oficiales y suboficiales, cosa que es verdad, pero no resolvió de fondo lo que se le rogó, pues lo que resolvió no fue lo pedido en la demanda.

Nosotros en la demanda, en la perfilación del cargo de nulidad, excluimos la violación del principio de igualdad en modalidad “salario igual, trabajo igual” para la prima de actividad. Entre otras cosas por que la prima de actividad no es un salario. Allí le dijimos que eran otros los argumentos por los cuales rogábamos esa igualdad, y como se puede ver en la sentencia el Despacho falló considerando que no se puede aplicar el principio de igualdad en modalidad “salario igual, trabajo igual” para la prima de actividad, sin explicar porque rechazó lo que realmente se le pidió.

No dijo porque se negaba a aceptar la comparación como fue propuesta en la demanda, no dijo porque razón se apartaba de los múltiples precedentes judiciales del consejo de Estado donde se compara a oficiales, suboficiales con soldados profesionales, estando de por medio reconocimiento de igualdad prestacional o social, todo esto quedó en absoluto silencio, imposibilitando así el conocimiento de la motivación judicial.

Como punto en común de la prima y el 20%, se le dijo al Despacho que la negativa de dicho reconocimiento era violatoria del derecho fundamental de la no Discriminación, así:

1.3. MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN, FRENTE A LA IGUALDAD SALARIAL DEL 20% Y PRIMA DE ACTIVIDAD

Igualmente, en la demanda se le dijo al Despacho:

aa. ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ART 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACION

Nuestra H. Corte Constitucional, cantidad de veces ha dicho que la probanza de los criterios objetivos que justifiquen el trato desigual está en cabeza de la parte acusada de la desigualdad, y si esta no los prueba se debe tener por cierta la desigualdad, así se tiene que:

En la Sentencia T-230/94:

(...) si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato”

Así mismo, H. Corte Constitucional, dijo en la Sentencia T-335/00 algo que fue ratificado después en la sentencia T-079/95, y fue:

“[e]l afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación”

En una sentencia más reciente -Sentencia T-247 de 2010- dice, con absoluta claridad y siguiente la interrumpida tendencia, lo siguiente:

“EN LOS EVENTOS DE PRESUNTA DISCRIMINACIÓN RESULTARÍA INEQUITATIVO Y CONTRARIO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE LA CARGA PROBATORIA RECAYERA EXCLUSIVAMENTE SOBRE LA PERSONA QUE ALEGA SER VÍCTIMA DE DICHA DISCRIMINACIÓN, por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realiza la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se indicó, COLOCAN UNA CARGA PROBATORIA ESPECIAL EN EL ACUSADO, PUES ESTARÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR QUE SU CONDUCTA ES CLARAMENTE GARANTISTA DEL DERECHO DE IGUALDAD y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.²

En la sentencia T- 863 de 2011, la Corte fue más clara y su análisis fue más profundo, pues aseveró con total claridad, que la carga de la prueba la tiene quien es acusado del trato discriminatorio, *ipso iure*, si no, además, la consecuencia jurídica del incumplimiento de la carga probatoria por el demandado, dijo literalmente:

“Todo lo cual quiere decir que, entonces, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, y eso puede hacerlo por ejemplo por medio de indicios. Si lo hace, ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar de manera aceptable que el acto no fue discriminatorio. Y SI LA PARTE

² Énfasis propio.

ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN. Pues ese es, en efecto, el modo más equitativo de resolver problemas de discriminación, en los cuales suelen existir dificultades probatorias relevantes”³

En este proceso brilla por su ausencia la argumentación que el Despacho debió hacer con relación a la probanza de la discriminación. Aquí no se sabe, que fue lo que probó la entidad demandada como criterios objetivos, y cuales fueron, y tienen la suficiente fuerza para que sea justificada la desigualdad; tampoco, argumentó que no se probó. No existe una argumentación que logre dar certeza absoluta de la actividad probatoria de la entidad demandada, tanto para decir que probó como para decir, que no probó.

Se le puso de presente, y se le demostró, que la entidad demandada tiene una tendencia de discriminación sistemática contra los soldados con relación al tema de los derechos laborales, expuesta en el primer acápite del concepto de violación, que también paso desapercibida por el Despacho.

1.4. EN LO RELACIONADO CON EL SUBSIDIO DE FAMILIA

Se le presentaron básicamente tres cargos al Despacho en la demanda, debiendo el Despacho, o acceder a ellos, o rechazarlos de forma motivada, presentado la argumentación suficiente porque cada uno de ellos no esta llamado a prosperar. El Despacho en la sentencia, argumentó sobre el segundo, pero no lo hizo sobre el primero y tercero, razón por la cual se le pide su adición a la presente sentencia. Dichos cargos son:

Primero. Uno relacionado con la simple nulidad frente al artículo 11 de decreto 1794 de 200: **“ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL ART 11 decreto 1794 de 2000, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO”.**

Segundo. Otro relacionado con el principio de favorabilidad laboral: **“ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL ART 53 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO EN LA MODALIDAD SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO.”**

Tercero. Otro relacionado con el Derecho fundamental a la igualdad: **“ACUSO AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ART 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO EN LA MODALIDAD EN QUE NO REALIZÓ EL JUICIO DE IGUALDAD, DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES QUE TIENE EL SUBSIDIO DE FAMILIA, CON BASE EN EL DECRETO 1794 DE 2000, FRENTE A LOS SOLDADOS PROFESIONALES QUE TIENE EL SUBSIDIO DE FAMILIA DEL DECRETO 1161 DE 2014.”**

Por ejemplo, no hay la realización de un test de igualdad que permita concluir, que a pesar de que otros soldados en las mismas condiciones fácticas de mi poderdante, reciben un subsidio superior al del demandante, esta situación no es violatoria del derecho fundamental a la igualdad.

³ Énfasis propio.

1.5. NO SE ARGUMENTÓ SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE NEGÓ EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL REAJUSTE DEL SUBSIDIO DE FAMILIA.

La Honorable Corte Constitucional ha dicho en reiteradas oportunidades, lo mismo que el Honorable Consejo de Estado, que lo derecho prestaciones son posibles modificarlos de forma regresiva, pero debido al mandato de no regresividad, o principio de progresión de los derechos prestaciones, toda modificación regresiva se presume inconstitucional.

El Derecho 1161 de 2014, modifica el Subsidio de familia de los soldados profesionales de forma regresiva, pues la norma anterior, esto es el artículo 11 del decreto 1794 del 2000, contiene el derecho en mejores condiciones. De ahí que la modificación del año 2014 se presume inconstitucional, y el acto administrativo demandando está fundamentado en dicha norma, razón por la cual, siguiente -mutatis mutandi- la teoría del “árbol envenenado” que bien conoce el Despacho, el acto demandado se presume inconstitucional.

Lo que le pedimos al despacho es que nos presente la argumentación por medio de la cual entendió superada tal presunción, y por la cual no declaró la nulidad del acto administrativo o en su defecto aplicó la excepción de inconstitucionalidad.

Dicha presunción se puede evidenciar desde las sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada constitucional y que son precedente obligatorio para el Despacho, además de sentencias de Tutela, que el Despacho Desconoce de forma abierta, todo el precedente en conjunto. Tal precedente lo encontramos entre otras oportunidades en las siguientes sentencias: C-038 de 2004; C-671 de 2002; C-931 de 2004; T-1318 de 2005; T-043 de 2007; T-273 de 2007; T-267 de 2006 y T-418 de 2007.

El Despacho no argumentó como la entidad demanda desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad del acto que negó el reconocimiento del subsidio de familia como fue pedido, y a su vez, tampoco argumento bajo que criterio se aparta el Despacho de dicho precedente, siendo necesario tal explicación como cumplimiento del derecho del debido proceso, y la tutela jurisdiccional efectiva entre otros. De ahí la petición de adición de la sentencia.

Es de aclararle que a pesar de que esto fue rogado al Despacho en el solicitud de adición, del contenido de la sentencia de adición, no se puede extraer una sola referencia, a lo que se le pidió, pues continuó omitiendo dicha motivación.

1.6. NO RESOLVIÓ LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS.

En la demanda se le rogó al Despacho que procediera a declarar las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1.1. *Se declare que mi poderdante ha realizado las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario.*

1.2. *Se declare que mi poderdante, 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.”*

1.7. NO SE RESOLVIERON LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Sabido es que, en caso de no proceder las pretensiones principales, el Despacho queda habilitado, y tiene la obligación de resolver las pretensiones subsidiarias.

El Despacho no argumentó con exhaustividad, sobre la excepción de inconstitucionalidad y sobre la excepción de inconvencionalidad, ambas pedidas en la demanda de forma subsidiaria.

De forma especial en lo que tiene que ver con los *principios mínimos fundamentales*: a. *Igualdad de oportunidades para los trabajadores*; b. *remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*; c. *primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*, contenidos en el artículo 53 de la Constitución política.

La sentencia es para que el Juzgado analice si los actos administrativos son contrarios a la Constitución Política, más no para que el Despacho se dedique a dar definiciones de las instituciones invocadas. Es para hacer operativos los artículos de la C.P o de la Convención, frente a lo señalado en los actos administrativos. Para contrarrestar unos con otros. Para hacerlo operativos, para aplicarlos. Que dice el artículo tal, que dice el acto tal, es compatible el contenido de uno y otro. Es lo que debe realmente ser resuelto. Nada dijo del artículo 53 por ejemplo como de los demás.

2. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EXTERNA DE LA SENTENCIA.

2.1. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

De un lado tenemos lo dicho en La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que está por encima de la Ley 1437 de 2011 y del C.G.P., en jerarquía normativa, dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 55. ELABORACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS JUDICIALES DEBERÁN REFERIRSE A TODOS LOS HECHOS y ASUNTOS planteados en el proceso por los sujetos procesales.”

los artículos 280 y siguientes del Código General del Procesos disponen, a saber:

“ARTÍCULO 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación. “

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que

este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”⁴

Por otro lado, el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) -Ley 1437 de 2011-, señala al respecto:

“ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”⁵

Desde el punto de vista jurisprudencia tenemos que:

La honorable Corte Constitucional en la sentencia T-455 de 20166, se dijo sobre este aspecto que se propone como violación del derecho fundamental al Debido Proceso

“24.1. El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados.

⁴ Subrayado propio.

⁵ Subrayado propio.

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido 6 Magistrado Ponente ALEJANDRO LINARES CANTILLO. proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”⁷. Además, ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurará un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, profirió en el 2008 la sentencia 12748 de ese año, en la que estableció lo siguiente:

“... la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez “es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”, a tal grado que “la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante”, esto es, “carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso”. De lo contrario, “el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso”

9. 24.2. De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), PERO TAMPOCO PODRÁ FALLAR SIN PRONUNCIARSE ACERCA DE TODAS LAS PRETENSIONES, PUES DE LO CONTRARIO DEBERÁ EXPLICAR DE MANERA SUFICIENTE LAS RAZONES POR LAS CUALES OMITIÓ REFERIRSE A ALGÚN PEDIMENTO⁶. El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello.”

Es entonces a todas luces claro que el Deber de Juez en el proceso consiste siempre en hacer pronunciamientos completos, acuciosos, incluso cuando no se pronuncie sobre las todas las pretensiones de la demanda, pues en tal caso, debe explicar porque no se pronunció sobre lo dicho en la demanda

2.2. MODALIDADES DE INCONGRUENCIA

Básicamente, y sin entrar en disquisiciones conceptuales, el Honorable Consejo de Estado, ha dicho que la incongruencia en las sentencias se presenta en dos formas, una externa y otra interna. A la primera, que es la que invocamos, le da la significación que se presenta cuando no existe una relación simétrica entre las pretensiones de la demanda, hechos, excepciones de la contestación y demás situaciones planteadas en el proceso, y lo consignado en la sentencia judicial. Dicha simetría se rompe, por varias modalidades, *extra*

⁶ Subrayado propio.

petita, ultra petita, infra petita y cifra petita; La segunda modalidad, que no nos interesa acá, ya que no se puede evidenciar, es cuando en el cuerpo de la sentencia no existe una relación armónica con lo resuelto en la sentencia, es decir, los considerandos de la sentencia van encaminadas a una absolución, pero el resuelve determina una condena, esto a manera de ejemplo.

La sentencia que se profirió en este proceso, es una sentencia viciada por la incongruencia en la forma externada y en la modalidad *citra petita*, en la medida en que lo pedido y rogado en la demanda, lo señalado y probado en la contestación de la demanda y todo lo antes dicho, no quedó consignado en la sentencia, situación que genera una Violación del principio de exhaustividad que gobierna la actuación judicial al momento de fallar las controversias planteadas por las partes

Por ejemplo, en la sentencia de adición, dijo que quedaban probados los hechos de las funciones iguales, hechos 15, pero no se pronunció sobre la pretensión donde se le pidió que declara que mi poderdante hace las mismas funciones que los demás soldados profesionales, incluidos los que antes fueron soldados voluntarios

3. PRETENSIÓN DE EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD O EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN ARAS DE QUE SE INAPLIQUE EL ARTÍCULO 287 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, Y EN SU LUGAR SE APLIQUE EL ARTÍCULO 55 LA LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y DOBLE INSTANCIA.

En caso de que el honorable tribunal administrativo no acceda a la anterior pretensión, le ruego que procesa a aplicar la excepción de inconstitucionalidad de las siguientes normas procesales:

Se inaplique el artículo 287 del Código General del Proceso, y en su lugar se aplique la Ley Estatutaria de Administración de justicia, en su artículo **“ARTÍCULO 55. ELABORACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS JUDICIALES DEBERÁN REFERIRSE A TODOS LOS HECHOS y ASUNTOS planteados en el proceso por los sujetos procesales.”**

Para de esa forma garantizar el derecho de la doble instancia material del demandante, ya que la argumentación en adición que vaya a proferir el tribunal quedaría sustraída del recurso de apelación, esto es la imposibilidad material y jurídica de controvertir la decisión.

Y en razón de lo anterior, ordenarle al respetado *a quo* que complemente la sentencia, y que resuelva de fondo todos y cada uno de los puntos planteados desde el punto de vista factico como desde lo jurídico.

El Despacho, no puede negarse a administrar justicia y resolver los problemas que se le presentan de fondo, y mal utilizar la función del Honorable Tribunal Administrativo para que este realice la tarea que en principio de corresponder al *a quo*.

4. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA ANTERIOR

Le ruego al Honorable Tribunal Administrativo, que, en caso de no haber prosperado las anteriores pretensiones, complemente la sentencia en lo que no resolvió el Juzgado, tal como fue plasmado acá.

III. MOTIVOS DE DISENSO FRENTE A LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO

1. CON RELACIÓN AL RECONOCIMIENTO DEL REAJUSTE DEL 20% SALARIAL.

1.1. SENTENCIA RECURRIDA

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADICIONADA

“c. Finalmente, sobre el incremento del 20% del salario, el contenido del artículo del Decreto 1794 de 2000 señala:

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

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

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

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

Con este cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional se dio un tratamiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales a partir del 1° de enero de 2001 y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios es decir anterior al 31 de diciembre de 2000, se incorporaran en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos pues, entre otras cosas, expresamente se consignó la garantía de que conservarían la prima de antigüedad en el porcentaje que venían percibiendo.

Ahora bien, el problema jurídico a resolver se contrae a establecer si a los soldados incorporados con posterioridad al 31 de diciembre de 2000 se les debe reconocer el derecho de percibir el salario mínimo legal incrementado en un 60% conforme la Ley 131 de 1985, al considerarse perjudicado el demandante al reconocérsele en su salario un incremento del 40% en lugar del 60% anteriormente señalado, siendo que tanto los soldados voluntarios como los incorporados con posterioridad al 31 de diciembre del año 2000 cumplen las mismas funciones, entonces, frente al argumento de la favorabilidad, este despacho no desconoce que el nuevo régimen salarial de los soldados profesionales es más beneficioso que el anterior, ya que los soldados voluntarios tenían derecho únicamente al salario mínimo incrementado en un 60%, las bonificaciones por navidad, al ser dados de baja y la prima de antigüedad así como las incapacidades, invalideces e indemnizaciones, al paso que de la simple

lectura del Decreto 1794 de 2000 se observa que se les reconocen nuevos emolumentos como la prima de servicios anual, de vacaciones, cesantías, entre otras; sin embargo, esa circunstancia no es óbice para considerar que quienes se vincularon con posterioridad al 31 de diciembre de 2000 tengan derecho a que se les reconozca el 20% del salario que alega se dejó de cancelar, pues ese derecho no surge de comparar ambos regímenes y tomar lo más beneficioso de cada uno, sino de la simple lectura del art. 1 inciso 2° ibídem que solo condiciona su aplicación a la existencia de vinculación anterior bajo las normas de la Ley 131 de 1985, es decir como soldado voluntario, criterio acorde con el art. 2 parágrafo cuando, al referirse a los soldados voluntarios que se incorporan como profesionales, señaló:

“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”.

Aunado a lo anterior, se considera que el trato diferente contenido en el pluricitado art. 1 inciso 2°, prima facie, no vulnera el principio de igualdad como quiera que, si bien se trata de soldados profesionales es diferente la situación de quienes ingresan con posterioridad al Decreto 1794 de 2000 de aquellos que venían vinculados como voluntarios, esto en razón a que los primeros tienen una trayectoria dentro de la Institución pues iniciaron prestando el servicio militar obligatorio y decidieron continuar como voluntarios para luego ser incorporados al régimen profesional así que, como lo ha considerado la Corte Constitucional sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente “la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual”.

En providencia del 17 de octubre de 2013 la Sección Quinta del Consejo de Estado indicó:

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

Entonces, conforme la petición del demandante, estima el despacho que se pretende la aplicación de dos regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, esto porque el actor no se encuentra in curso en las condiciones exigidas para ser sujeto de la transición previsto en el Decreto 1794 de 2000.

Se desprende de lo expuesto que el Decreto 1794 de 2000 contempló un régimen de transición para los soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales en aras de premiar esa antigüedad, por ello les otorgó el beneficio de que continuaran con la asignación mensual que venían percibiendo consistente en el salario mínimo legal incrementado en un 60%; por tanto en razón a que la norma indicó de forma expresa ese derecho, resulta clara la intención del legislador extraordinario de establecer prerrogativas para quienes venían vinculados al Ejército como soldados voluntarios por ello, no puede ser otro el espíritu de la norma.

Adicionalmente, resulta menester destacar que en reciente providencia de tutela proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, se consideró que existían tres grupos de soldados, quienes ingresaron directamente como profesionales a partir del año 2001, los voluntarios que manifestaron su interés en incorporarse como profesionales hasta el 31 de diciembre de 2000 y aquellos soldados voluntarios que fueron convertidos en profesionales en virtud de orden militar, a partir del 1° de noviembre de 2003 y, solo respecto de estos últimos como el caso del demandante, existía duda sobre el porcentaje de su remuneración.

Aunado a lo anterior, en tratándose de los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre del año 2000, el Consejo de Estado en sentencia del 6 de agosto de 2015 consideró que el incremento del 60% sobre la asignación constituía una protección de los derechos adquiridos, sin hacer distingo alguno frente a la fecha de incorporación:

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

En efecto, únicamente para los soldados voluntarios que venían vinculados y que a posteriori pasaron a ser soldados profesionales no les implicó la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como Soldados Profesionales a partir de su vigencia e incluso del tiempo de antigüedad debidamente certificado.

También se destaca, que en desarrollo de los objetivos y criterios fundamentales consignados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional para efectos de fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos debe garantizar el respeto a los derechos adquiridos, por lo que reconocer que los soldados profesionales vinculados con posterioridad al 31 de diciembre del año 2000 por cumplir las mismas funciones que los soldados voluntarios que venían vinculados con anterioridad a la señalada fecha, sería tratar en igualdad supuestos de hecho y de derecho diferentes y desconocer la finalidad buscada por la transición normativa que se encamina a la desaparición de los efectos jurídicos del régimen salarial anterior de manera que no afecte derechos adquiridos y en tal sentido como se conoce que el demandante fue vinculado solo hasta 20 de abril del año 2008, se observa que el mismo no es sujeto aplicable del régimen de transición y por ende no se encuentra

en la misma condición de los soldados que gozan de tal beneficio, por lo que no es predicable que se le deba tratar en igualdad y como consecuencia también se denegara esta pretensión.

Finalmente, Sobre la configuración del silencio negativo, tenemos que la parte demandada no allegó prueba alguna tendiente a demostrar que el derecho de petición fue resuelto, por lo que al no encontrar dentro del plenario prueba de la respuesta completa de la petición con radicado KBN8KKKVAV, el despacho considera que ha operado el silencio administrativo negativo por ser la respuesta insuficiente, sin embargo, conforme las anteriores consideraciones no se declarará su nulidad.

Bajo las anteriores consideraciones, es preciso tener en cuenta que para el presente caso la ley 1437 del 2011 en su artículo 88, declara la existencia de presunción de legalidad de los actos administrativos, por tanto correspondía al demandante probar que efectivamente existe un vicio que afecte la existencia o validez del acto administrativo demandado pues no obra en el proceso, prueba conducente, pertinente y útil que comporte una entidad suficiente para dar por probado de forma plena los vicios de ilegalidad alegados y que ameriten la declaratoria de nulidad, pues el despacho concluye que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a las normas vigentes aplicables al demandante al considerar que no es beneficiario de la prima de actividad por una parte y por otra que se dio aplicación a los presupuestos legales y jurisprudenciales sobre el incremento del 20% solicitado y el porcentaje del subsidio familiar por tratarse de un soldado profesional vinculado con posterioridad al 31 de diciembre de 2000.”

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADITIVA

“Sobre los numerales 1 a 3 y 7.

Señala el apoderado de la parte demandante que en la demanda no se presenta argumentación jurídica, a) por la cual el Despacho entendió que el acto administrativo que negó el reajuste salarial del 20% no era violatorio del principio de igualdad en la modalidad “trabajo igual, salario igual” y realidad sobre las formas, b) por la cual el Despacho no le dio aplicación, o se apartó, de la Sentencia SU-519/97, donde se unificó los criterios que se consideran indispensables para que haya violación al principio de igualdad en la modalidad “trabajo igual, salario igual”, c) por la cual el Despacho entendió que el acto administrativo que negó el reajuste salarial del 20% no era violatorio del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas y la igualdad salarial, c) por la cual el Despacho entendió que el acto administrativo que negó el reajuste salarial del 20% no eran violatorios de los principios constitucionales de la carrera administrativa, tales como el mérito y la igualdad de oportunidades, invocados en la demanda, entre otros y d) se señale la causal objetiva que determine la justificación al trato diferente que recibe el demandante tanto en materia salarial del 20%, como en materia de prestaciones salariales de la prima de actividad, tal como lo establece la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional.

Sobre estos particulares el despacho dentro de la sentencia sostuvo que el origen de la diferencia salarial era precisamente el cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional, en donde se dio un tratamiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales a partir del 1° de enero de 2001 y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios es decir

anterior al 31 de diciembre de 2000, se incorporaran en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos.

Sostuvo el despacho que a pesar de que el demandante cumplía las mismas funciones que desarrollan los soldados voluntarios, el nuevo régimen salarial de los soldados profesionales es más beneficioso que el anterior en tanto que mientras los soldados voluntarios tenían derecho únicamente al salario mínimo incrementado en un 60%, las bonificaciones por navidad, al ser dados de baja y la prima de antigüedad así como las incapacidades, invalideces e indemnizaciones, a los soldados profesionales dentro del Decreto 1794 de 2000 se les reconoce nuevos emolumentos como la prima de servicios anual, de vacaciones, cesantías, entre otras; circunstancia que pone de manifiesto que el derecho a devengar el 20% es fruto de la transición normativa en lo que a régimen salarial y prestacional se refiere, con el único fin de amparar derechos adquiridos de los soldados que se encontraban activos antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen salarial y así las cosas, se puede concluir que no se trata de los mismos presupuestos de hecho en tanto el actor conforme la fecha de su vinculación no es sujeto de la transición normativa, por lo que si bien es cierto el actor como soldado profesional vinculado con posterioridad al 31 de diciembre de 2000 desarrolla las mismas funciones que los soldados voluntarios vinculados con anterioridad a la fecha anteriormente señalada, el trato diferenciado es producto como se dijo del cambio de régimen salarial y normativo y los derechos adquiridos por los primeros derivados de su vinculación anterior bajo las normas de la Ley 131 de 1985, es decir como soldado voluntario, motivo por el que además no se trata de que se vulnere el principio de trabajo igual, salario igual invocado o la primacía de la realidad sobre las formas o el salario justo y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, en tanto el trato diferenciado deviene como se dijo no de la denominación o las funciones que desarrollan los dos grupos de militares, sino del cambio de régimen salarial.

Ahora en lo relacionado con la tutela SU-519/97, estima el demandante que el despacho se ha apartado de la misma, sin embargo, dentro de la tutela en mención se resolvió sobre la discriminación a que fue sometida una trabajadora por su negativa a acogerse a un nuevo régimen salarial amparando la libertad del trabajador en cuanto a la opción sobre regímenes laborales durante la transición legislativa, motivo por el cual el precedente no es aplicable en tanto el demandante no ostenta derechos adquiridos con el régimen salarial anterior por lo que no es sujeto de la transición normativa al haberse vinculado al ejército en vigencia del Decreto 1794 de 2000.

Se consideró además que el trato diferente contenido en el art. 1 inciso 2°, no vulnera el principio de igualdad como quiera que, si bien se trata de soldados profesionales es diferente la situación de quienes ingresan con posterioridad al Decreto 1794 de 2000 de aquellos que venían vinculados como voluntarios en razón a que los primeros tienen una trayectoria dentro de la Institución pues iniciaron prestando el servicio militar obligatorio y decidieron continuar como voluntarios para luego ser incorporados al régimen profesional así que, como lo ha considerado la Corte Constitucional sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente “la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual”

Adicionalmente, se consideró lo sostenido por la Sección Primera del Consejo de Estado, en razón a la existencia de tres grupos de soldados, quienes ingresaron

directamente como profesionales a partir del año 2001, los voluntarios que manifestaron su interés en incorporarse como profesionales hasta el 31 de diciembre de 2000 y aquellos soldados voluntarios que fueron convertidos en profesionales en virtud de orden militar, a partir del 1° de noviembre de 2003 y, solo respecto de estos últimos, existía duda sobre el porcentaje de su remuneración.

Aunado a lo anterior, en tratándose de los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre del año 2000, también se consideró el Consejo de Estado en sentencia del 6 de agosto de 2015 que el incremento del 60% sobre la asignación constituía una protección de los derechos adquiridos, sin hacer distingo alguno frente a la fecha de incorporación en los siguientes términos:

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

En efecto, únicamente para los soldados voluntarios que venían vinculados y que a posteriori pasaron a ser soldados profesionales no les implicó la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como Soldados Profesionales a partir de su vigencia e incluso del tiempo de antigüedad debidamente certificado.”

También se destacó, que en desarrollo de los objetivos y criterios fundamentales consignados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional para efectos de fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos debe garantizar el respeto a los derechos adquiridos, por lo que reconocer que los soldados profesionales vinculados con posterioridad al 31 de diciembre del año 2000 por cumplir las mismas funciones que los soldados voluntarios que venían vinculados con anterioridad a la señalada fecha, sería tratar en igualdad supuestos de hecho y de derecho diferentes y desconocer la finalidad buscada por la transición normativa que se encamina a la desaparición de los efectos jurídicos del régimen salarial anterior de manera que no afecte derechos adquiridos y en tal sentido como se conoce que el demandante fue vinculado solo hasta el 5 de enero de 2007, se observa que el mismo no es sujeto aplicable del régimen de transición y por ende no se encuentra en la misma condición de los soldados que gozan de tal beneficio, por lo que no es predicable que se le deba tratar en igualdad con los primeros.

Sobre el numeral 4.

Corresponde al despacho adicionar las consideraciones la sentencia señalando que no encuentra vulnerados principios constitucionales de la carrera administrativa, tales como el mérito y la igualdad de oportunidades, pues los soldados voluntarios ya se habían incorporado a la carreta militar bajo el imperio de la ley 131 de 1985, motivo por el que cuando el legislador crea la categoría del soldados profesionales por medio del decreto 1794 de 2000, lo que pretendió fue la unificación de una sola categoría de soldados en la que se integraron los que venían ya vinculados al ejército con los que se vincularon con posterioridad al 31 de diciembre de 2000, sin que con

esto se pueda señalar que darle continuidad a estos soldados dentro de la fuerza haya afectado la eficiencia y eficacia de la administración pública en tanto los mismos ya venían desarrollando sus funciones como soldados y tampoco se observa que se haya privado de oportunidades a quienes aún no se encontraban vinculados para el acceso al servicio público en tanto se permitió la vinculación de nuevo personal diferente a los soldados anteriormente señalados como voluntarios y en razón además de esta vinculación bajo normativas diferentes se permite derivado de la garantía del respeto de derechos adquiridos la diferencia salarial que estima el demandante se le ha dejado de cancelar, sin que se pueda aceptar por este hecho el enriquecimiento y empobrecimiento correlativo del patrimonio público en contra del patrimonio privado del actor.”

Trascrita la sentencia, respetuosamente presentamos los cargos correspondientes contra la misma. En esta oportunidad no vamos a criticar la validez del argumento desde la óptica de lo formal, sino el contenido del mismo, “la corrección de la sentencia” en el entendido de su correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas que le sirvieron de base a las premisas elaboradas en el argumento judicial.

1.2. CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la Sentencia de desconocer el *thema petendi* de la demanda.

DEMOSTRACIÓN:

Cuando el Despacho argumenta que los dos soldados no pueden compararse, a pesar de que hacen las mismas funciones, debido a que pertenecen a regímenes jurídicos diferentes, está desconociendo y confundiendo lo que realmente se le planteó en la demanda como *thema petendi*.

Los sujetos que se le pidió al Despacho que comparara fueron los siguientes, pero antes permítame hacer la siguiente aclaración:

Con la vigencia de la Ley 131 de 1985, se crearon los soldados voluntarios. Dicha norma fue derogada por el Decreto 1793 de 2000.

Al momento de la DEROGATORIA de dicha norma, los soldados que se habían vinculado con dicho régimen, tenían tres opciones claras.

PRIMERA OPCIÓN: Retirarse de la Institución como Soldados Voluntarios

SEGUNDA OPCIÓN: Continuar vinculados como soldados voluntarios

TERCERA OPCIÓN: Ingresar como **SOLDADOS PROFESIONALES** al régimen de la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000

De las tres opciones que asumieron los soldados voluntarios, solo nos interesa la última, ya que, con relación a la primera, son soldados que se retiraron de la institución por el solo hecho del principio lógico de exclusión no nos interesan. Con relación a los soldados que tomaron la segunda opción, tampoco nos interesa, pues serían soldados que tienen un régimen diferente, claramente imposible de ser comparados.

Los soldados que tomaron la tercera opción, son los soldados que son relevantes en el presente juicio de comparación, porque son soldados que dejaron de estar regidos por la ley 131 de 1985 y pasaron a ser regidos por el decreto 1793 del año 2000.⁷

Igualmente son ellos los que son relevantes al presente proceso, pues son ellos, y solo ellos, lo que hacen las funciones propias de la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, y mi poderdante se vinculó a dicha carrera administrativa.

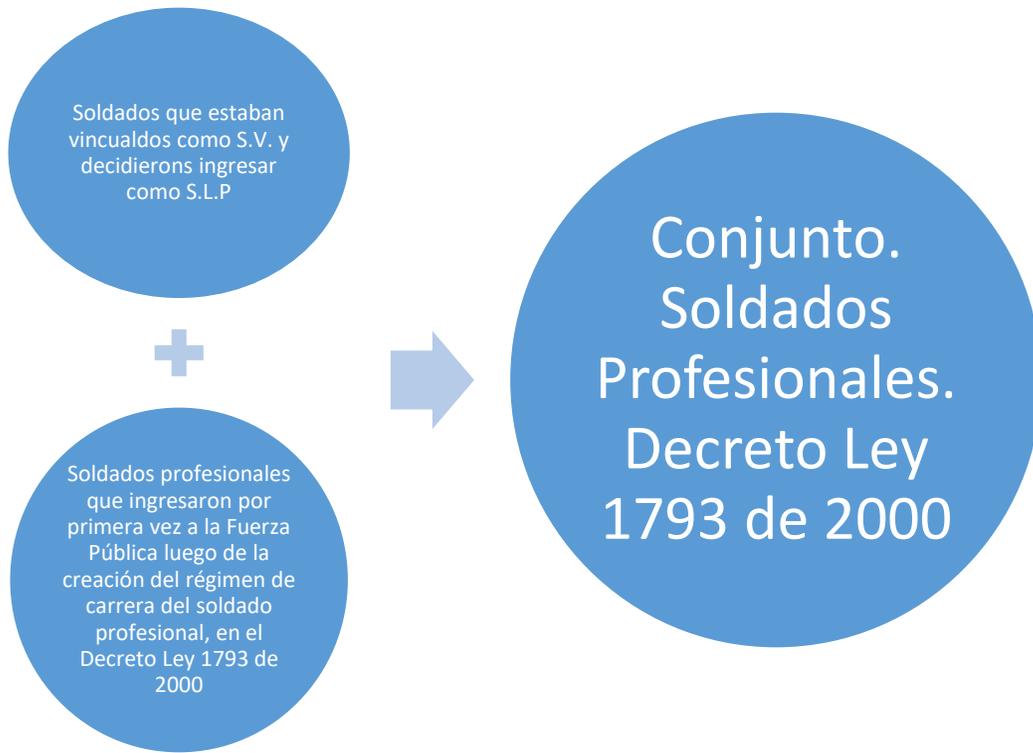
Los soldados que se le pide al Despacho que compare con mi poderdante, son únicamente los soldados que ingresaron a la carrera administrativa del decreto 1794 de 2000, ya que son ellos, y solo ellos, los que se encuentran en las mismas condiciones que mi poderdante. El Despacho desconoce este pedido en la demanda, o se confunde, pero cualquiera que sea la causa de ello, se le aclara que la comparación no es con los soldados que continuaron como soldados voluntarios, o lo que se retiraron.

Al estar vinculados los dos a la misma carrera administrativa, todos con posterioridad al 1 de enero de 2001 si es posible realizar la comparación. Es importante que el Despacho tenga de presente, que los soldados que se le pide que sean comparados, son los soldados voluntarios que fueron aceptados por los comandantes de fuerza para ingresar como soldados profesionales, por virtud del proceso de incorporación de los soldados voluntarios al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales.

Son estos, Respetado Tribunal, son los soldados que le ruego que compare, los soldados voluntarios convertidos a soldados profesionales, a los mismos que en el sentir del artículo 5 del Decreto 1793 **les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto** como a mi poderdante que es soldados profesionales.

Repetimos, los soldados que le rogamos al Despacho que compare con los soldados que pertenecen al Conjunto de Soldados Profesionales, todos regidos por el decreto 1793 de 2000.

⁷ Art. 5. "PARAGRAFO. 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."



Identificados los sujetos a comparar, es que el Despacho debía analizar los presupuestos de violación del Derecho fundamental a la igualdad en la modalidad “trabajo igual- salario igual” y los presupuestos del artículo 53 de la Constitución relacionados con “el pago proporcional del trabajo” y demás garantías allí consignadas.

1.3. CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la Sentencia de incurrir en error, al considerar que no son pasibles de comparación los sujetos que se le ruegan sean comparados en el juicio de igualdad rogado al Despacho en la demanda, al considerar que existen dos regímenes diferentes. Error que lo lleva a resolver el presente caso con una norma derogada.

DEMOSTRACIÓN:

Tiene toda la razón el Despacho al considerar que no se puede comparar a mi poderdante con los soldados que fueron voluntarios, sin haber sido convertidos en profesionales. Desde luego que no son sujetos de comparación, entre otras cosas, porque las funciones puede que sean distintas, además de estar vinculados con regímenes diferentes, es decir, tener relación laboral gobernada por normas totalmente diferentes. Acompañamos al Despacho en una interpretación como esa.

Pero en lo que no lo acompañamos es en decir que el demandante, no es sujeto de comparación con los soldados que algún momento fueron soldados voluntarios pero que posteriormente fueron convertidos en soldados profesionales e ingresaron a la carrera administrativa del Derecho 1793 de 2000. Esto por varias razones:

LA PRIMERA: La primera, entendemos que, a partir del desconocimiento, ya sea por falta de exhaustividad en la interpretación de la demanda o ya sea porque es deliberado, del Despacho del *thema petendi* de la demanda, el Despacho diga que no se pueden comparar lo rogados. Entendiendo que se parte de un error y por tal razón la conclusión es errática.

LA SEGUNDA: Al convertirse en soldados profesionales, los soldados que antes eran soldados voluntarios, fueron homologados en todo lo necesarios para adquirir la calidad y

condición de soldados profesionales, por virtud del proceso de incorporación de los soldados voluntarios al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales. La misma norma, les da ese trato jurídico a los soldados “convertidos”. Así lo señala el artículo 5 y el artículo 42 del decreto 1793 de 2000.

LA TERCERA: Al estar vinculados bajo la carrera del decreto 1793 de 2000 y en consideración con el artículo 5 y el artículo 42, ya los soldados que fueron voluntarios dejaron de estar gobernados por la ley 131 de 1985. Es decir, en el momento que la norma jurídica dice que **“les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto”** dichos soldados que fueron voluntarios quedan huérfanos de la ley 131 de 1985.

LA CUARTA: Por tal razón para los soldados que fueron voluntarios y que posteriormente fueron convertidos en soldados profesionales, a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, solo tienen un régimen jurídico.

LA QUINTA: los sujetos comparados, de acuerdo a la anterior, no tienen regímenes jurídicos diferentes, como mal lo entiende el Despacho, solo existe para ellos, para los que se le pide que sea comparados, un solo régimen, esto es el decreto 1793 de 2000. Una interpretación diferente, como lo que ha hecho el Despacho, es contraria al contenido del artículo 5 y el artículo 42, de dicho estatuto de carrera administrativa.

LA SEXTA: Para los soldados que fueron vinculados producto de la conversión realizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, que son los sujetos que le rogamos sean comparados en este juicio de igualdad, les quedó derogada la ley 131 de 1985 por virtud de lo señalado en el artículo 43 del decreto 1793 de 2000.

LA SÉPTIMA: El Decreto 1793 de 2000, no establece un trato objetivo diferenciado para los soldados que fueron vinculados producto de la conversión realizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, y los soldados que ingresaron como nuevos, como es el caso de mi poderdante.

LA OCTAVA: Contrario a lo anterior, el Decreto 1793 de 2000, establece un trato igualitario en todo, esto es: régimen de responsabilidades, régimen de obligaciones, régimen de funciones, régimen de retiro, régimen de situaciones administrativas, régimen de educación, régimen de salud, tanto para los soldados que fueron vinculados producto de la conversión realizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, como para los soldados que ingresaron como nuevos, como es el caso de mi poderdante

LA NOVENA: La carrera administrativa contenida en el Decreto 1793 de 2000, es una carrera administrativa sui generis, pues no promueve el ascenso, ya que solo tiene un cargo, un único cargo, el de soldados profesionales, donde se encuentra mi poderdante y los soldados voluntarios que fueron convertidos en soldados profesionales.

LA DÉCIMA: No existe disposición jurídica que prohíba la comparación entre sujetos vinculados a una carrera administrativa gobernada por la misma norma jurídica, que se encuentre en el mismo cargo, que tengan asignadas las mismas funciones, que tengan mismas condiciones de responsabilidad y formación.

Entonces, a título de conclusión, y con base en todo lo anterior, el demandante si es posible de ser comparado con los soldados que fueron “convertidos en soldados profesionales” ya que,

PRIMERO: tienen una única norma jurídica que regula su carrera administrativa, esto es el decreto 1793 de 2000; todos fueron vinculados con posterioridad al 1 de enero de 2000, unos, producto de la conversión realizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, y otros, porque eran nuevos;

SEGUNDO: Para los soldados que fueron vinculados con posterioridad al 1 de enero de 2000, a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, les quedó derogada la ley 131 de 1985 por disposición del artículo 42 del decreto 1793 de 2000, exceptuando lo relacionado con el básico de su salario;

TERCERO: Que el decreto 1793 de 2000, no establece un trato diferenciado para los soldados, por el contrario dice para los soldados “convertidos” “**les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto**”, adicional a lo señalado en el artículo 42 de dicha norma; en lo que tiene que ver con régimen de responsabilidades, de formación, de situaciones administrativas, de normas de retiro y de funciones, tanto para los soldados “convertidos en soldados profesionales” como para los soldados nuevos, no existe diferencia alguna, así que todo el trato dado es igual⁸;

CUARTO: En lo que tiene que ver con el cargo, al tener un único cargo la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, que se denomina “soldado profesional” ambos están en dicho cargo.

Por lo anterior, queda desvirtuada las afirmaciones del Despacho según cuales es imposible comparar los sujetos rogados por existir regímenes jurídicos diferentes, y, por el contrario, demostrada la posibilidad fáctica y jurídica de realizar el juicio de comparación.

1.4. CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: La sentencia se equivoca con relación al contenido y existencia del régimen de transición dispuesto para los soldados que producto del proceso de incorporación de los soldados voluntarios al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales.

⁸ “**ARTÍCULO 37. REGIMENES APLICABLES.** Los soldados profesionales quedan sometidos al Código Penal Militar, al Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares y a las normas que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

DEMOSTRACIÓN:

Palabras más palabras menos, la idea que presente el Despacho, es que el demandante en esta oportunidad no es beneficiario del incremento salarial de la diferencia del 20% sobre el salario básico, al considerar que dicho incremento es solo para los soldados que fueron voluntarios, en virtud de un supuesto régimen de transición para ellos.

Al Respecto, respetuosamente le presento al Honorable Tribunal Administrativo las siguientes consideraciones a fin de discernir el contenido de las palabras que asumen el Despacho, y lograr demostrar su yerro. Para ello manifiesto los siguiente:

PRIMERO: El único régimen de transición contemplado para los soldados profesionales que se hayan vinculado con anterioridad al 1 de enero de 2001, es el relacionado con el bono pensional. Dicho régimen de transición está contemplado en el artículo 41 de decreto 1793 de 2000, que en su tenor literal dice:

“ARTÍCULO 41. TRANSICION. Para los soldados profesionales que se hayan vinculado con anterioridad al 1 de enero de 2001, el Ministerio de Defensa Nacional efectuará el cálculo de un bono pensional, dentro del año siguiente a la expedición del presente decreto, por el número de años de servicio equivalente al aporte del doce por ciento (12%) que le corresponde aportar al empleador, utilizando la metodología prevista en la Ley 100 de 1993.”

SEGUNDO: En materia salarial de los soldados voluntarios que fueron “convertidos” en soldados profesionales no existe ningún régimen de transición. Para que haya un régimen de transición es necesario los siguientes elementos:

- a. La existencia de una primera norma jurídica que contemple una determinada cantidad de beneficios laborales, puede ser uno o varios, en un valor determinado.
- b. Que dicha norma esté dirigida a un determinado grupo de trabajadores.
- c. Que posteriormente, aparezca una segunda norma jurídica, que modifique la cantidad de beneficios laborales, puede ser uno o varios, contemplados en la primera norma jurídica, en un valor determinado diferente al que antes era reconocido.
- d. Que, al interior de la segunda norma, o en norma diferente, se exceptúe del ámbito de aplicación de la segunda norma, a algunos sujetos que son destinatarios de la primera norma, ya sea porque tienen derechos adquiridos o porque tienen expectativas legítimas.
- e. Los sujetos beneficiarios del contenido prestacional de la primera norma, al ser exceptuados de la nueva norma, la norma modificatoria, no pueden recibir las prestaciones que se contemplan en la segunda, pues o hace parte de la primera norma o de la segunda, pero no pueden hacer parte de las normas para tomar lo mejor de cada una, pues se violaría el principio de inescandibilidad normativa.

En el caso que nos convoca, lo que existe es una norma que, en garantía de los derechos adquiridos, mantiene el salario básico que ya venían devengando los soldados que fueron voluntarios. Pero, en todo lo demás, dichos soldados entran a ser beneficiarios de las prestaciones contempladas en el decreto 1794 de 2000, es decir en la norma modificatoria, o segunda norma, de la cual solo empezaron a disfrutar en el momento en que ingresaron a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000.

El régimen de transición, permita justificar la diferencia salarial, existiría si los soldados que fueron convertidos en soldados profesionales, al momento del ingreso como soldados profesionales, solamente quedaran recibiendo el salario y lo que ganaban con la ley 131 de 1985, y nada, de lo contemplado en la nueva norma esto es en el decreto 1794 de 2000. Pero eso no ocurre, dichos soldados, se quedaron con lo mejor de la Ley 131 de 1985, cosa que está bien, y a la vez, reciben lo mejor del decreto 1794 de 2000, cosa que prohíbe un régimen de transición. Pues o se mantiene las condiciones que tenían antes, a pesar de la modificación, o se asumen las nuevas condiciones, pero lo que no se puede hacer en un régimen de tránsito es mantener lo mejor del régimen anterior, y a su vez, adquirir lo mejor del nuevo régimen. En este caso, fue lo que ocurrió.

El Despacho mismo lo señala, cuando enuncia todos los beneficios prestacionales que adquirieron los soldados convertidos en soldados profesionales, al momento de ingresar a la carrera administrativa, esto es primas, subsidios, vacaciones, y demás contenidos en el decreto 1794 de 2000. Es decir, asumieron lo bueno del régimen nuevo, pero sin dejar o renunciar a lo bueno del régimen viejo.

TERCERO: En gracia de discusión, de existir tal régimen de transición, el mismo no es compatible con los postulados de la Constitución Política de Colombia, artículo 4, en lo que tiene que ver con “el pago proporcional de salario a la cantidad y calidad de trabajo realizada” ni tampoco en lo que tiene que ver con el Derecho fundamental de la igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”. Pues no existe un solo criterio objetivo que justifique que mi poderdante deba hacer la misma labor, en igualdad de condiciones que los otros soldados, y que, a su vez, deba renunciar a recibir un pago justo y proporcional a su trabajo.

Súmese a lo anterior, que a los soldados que fueron convertidos en soldados profesionales, se les estaría dando un trato diferenciado, al permitirle acceder a los mejores beneficios de ambos regímenes salariales, cosa que en esta oportunidad se le negaría al Demandante, colocándolo en una situación de desventaja. Si el tema es que, ellos en virtud de un régimen de transición tiene derecho a quedarse con lo mejor del régimen anterior, pero a su vez a acceder a lo mejor del nuevo régimen, ¿Qué justifica que mi poderdante no pueda acceder a lo mejor de cada régimen? Como lo hicieron los soldados que fueron homologados. O todos en la cama, o todos en el piso. O ellos se queda con lo mejor del régimen anterior, y renuncian a lo bueno del nuevo régimen, o renuncian al antiguo régimen y asumen lo bueno del régimen. Como sería la exigencia un verdadero régimen de transición si realmente existiera. Pero si pueden hacer las dos cosas, si se les brinda ese trato, ¿Por qué a mi poderdante no?

El tema es que la entidad demandada, no puede recibir, la misma cantidad de trabajo, misma calidad de trabajo, por funcionarios en igualdad de condiciones, y a unos pagarles más y a otros menos, pues en ese caso se está empobreciendo el patrimonio de la entidad, a costa del de mi poderdante a expensa de las prohibiciones del artículo 13 y 53 de la Constitución.

1.5. CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO Yerra el Despacho, en la sentencia, al considerar que dada la naturaleza jurídica que tiene la diferencia del 20% para los soldados voluntarios, incorporados al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de

manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales, el demandante no puede acceder a dicha diferencia salarial.

DEMOSTRACIÓN:

Argumenta el Despacho, en la sentencia recurrida, que la diferencia los soldados que fueron soldados voluntarios tiene derecho a recibir como salario básico el SMMLV incrementado en un 60% por que para ellos es un derecho adquirido, mientras que el demandante al no haber sido soldado voluntario, no puede acceder a dicho salario básico pues para él no es un derecho adquirido. Eso que, acabados de decir, es un intento de parafrasear lo que el Despacho dijo en el Sentencia. A lo dicho por el Despacho diremos lo siguiente:

Primero: Diremos que estamos de acuerdo con el sentir del Despacho sobre la naturaleza de derecho adquirido del salario para los soldados que fueron soldados voluntarios. Nada más correcto como esto.

Segundo: El hecho de que, para el soldado voluntario, dicho salario sea un derecho adquirido, no imposibilidad para que el demandante puede acceder a dicho salario por una vía distinta al del derecho adquirido, esto es, por la vía del derecho fundamental de la igualdad en la modalidad trabajo igual salario igual, si se cumplen los presupuestos; o por la vía, del salario justo y proporcional al trabajo realizado.

Tercero: En razón de que para el soldado que fue voluntario la conformación de su salario esté aparada por la teoría del derecho adquirido, ello *per se*, no justifica que el demandante deba soportar la carga de la conculcación y agravio de sus derechos fundamentales, en este caso el de la igualdad y el del salario justo y proporcional al trabajo realizado.

Cuarto: El hecho de que el demandante acceda a la diferencia salarial demandada, ya sea por la vía derecho fundamental de la igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”, si se cumplen los presupuestos; o por la vía, del salario justo y proporcional al trabajo realizado, ello no implica un agravio a los derechos adquiridos por los soldados que fueron voluntarios, es decir, en nada afecta la naturaleza Jurídica de dichos derechos para los soldados que fueron voluntarios.

Por esa razón, el hecho de que sea derecho adquiridos para los sujetos que se piden sea comparados, no excluye a mi poderdante automáticamente de acceder a dicho reajuste por el camino del derecho fundamental de la igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”, o, por el camino, del salario justo y proporcional al trabajo realizado. Y al acceder a dicha diferencia salarial, en nada afecta la naturaleza del derecho para los soldados que fueron voluntarios.

1.6. CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho, en su fallo, fundamentó la negación del restablecimiento de la igualdad en un criterio objetivo ficticio, que no tiene capacidad de ser objetivo para justificar la desigualdad, y además lo dio por probado sin estarlo.

DEMOSTRACIÓN:

De forma respetuosa me permito dividir esta demostración en tres partes, cada una identificada con una letra:

a. Primero procedo a identificar cuál es ese criterio ficticio.

Haciendo un parafraseo de lo señalado en la sentencia, el Despacho encuentra, que debido a que mi poderdante, no se vinculó con anterioridad a la fecha del 31 de diciembre de 2000 a la institución, está justificada la diferencia de trato en materia salarial, a la que es sometido por parte de la entidad.

b. Segundo, procedo a decir porque es un criterio ficticio, no tiene capacidad de ser objetivo para justificar la desigualdad.

Para que un criterio sea justificante del tratamiento desigual, debe revestir la calidad de ser objetivo, de tener el suficiente peso, para justificar el agravio al derecho de igualdad. Por ejemplo, son criterios objetivos, clásicamente reconocidos, la formación del trabajador, pues es posible crear una desigualdad, entre dos trabajadores en el mismo cargo, cuando uno tiene más formación que el otro, o en su defecto, menos formación. Allí existe un criterio objetivo.

Pero la fecha de vinculación, solo es un criterio formal, que no tiene la capacidad de soportar y justificar la violación al derecho de igualdad, situación que ha sido claramente manifestada por nuestra H. Corte Constitucional, cuando dice con absoluta claridad:

*“[L] a existencia de una diferencia salarial entre trabajadores que se encuentran en similares condiciones, debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad. Ahora, **ESA DIFERENCIA NO PUEDE SUSTENTARSE EN ARGUMENTOS MERAMENTE FORMALES COMO LA FECHA DE VINCULACIÓN A UN CARGO [...]**”.* Sentencia T-097 de 2006

De forma tal, que queda demostrado que lo afirmado por el Despacho, sobre la fecha de vinculación, ello, no es una causal de objetiva que justifique el trato desigual que recibe mi poderdante en materia salarial.

c. Tercero, procedo a decir que además de ficticio y no tener capacidad de ser objetivo para justificar la desigualdad, tampoco está probado en el proceso.

Supongamos, Honorables Magistrados, solo suposición, que el criterio formal de la fecha de vinculación tiene el carácter suficiente para justificar la desigualdad salarial, REPITO, solo es una suposición. En dicho escenario, también el despacho incurrió en un desatino jurídico y fáctico, pues tal justificación es falsa, porque los dos soldados, tanto lo que fueron voluntario como los que no, como mi poderdante, ingresaron a la carrera administraba del soldado profesional “*con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000*”

Como ya lo dijimos arriba, los sujetos que estamos comparando en esta oportunidad con el demandante, son los soldados voluntarios, incorporados al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000, que se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales, lo que ya de por sí, se cae por su propio peso, pues ambos ingresaron a la carrera administrativa después de la entrada en vigencia de Decreto Ley 1793 de 2000.

El decreto 1793 de 2000, se establece con absoluta claridad, pero seguramente el despacho no observó esta norma, que dice: artículo 5: ***“PARAGRAFO. 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”***

Mas claro no puede ser, los dos soldados comparados, se vincularon a la carrera administrativa de los soldados profesionales gobernada por el decreto 1793 de 2000, después del **1 DE ENERO DE 2001** fecha en la cual entró en vigencia dicho decreto, pues a voces del **ARTÍCULO 43. VIGENCIA Y DEROGATORIA**. El presente Decreto rige a partir del 1o. de enero de 2001.

Así queda demostrado el dislate del Despacho, pues de un lado: la fecha de vinculación no tiene la vocación de ser un criterio objetivo para justificar el trato desigual en material salarial; y de otro lado, no es verdad que por el hecho de que mi poderdante se haya vinculado *con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000*, no se tenga derecho al reajuste salarial, pues tanto mi poderdante como los demás sujetos comparados ingresaron a la carrera después del **1 DE ENERO DE 2001**.

1.7. CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA.

CARGO: El Despacho desconoce el precedente Constitucional, contenido entre otras sentencias en la C-022/96; **Sentencia C-862/08, y Sentencia C-536/16**, donde se afirma que: *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”*

DEMOSTRACIÓN:

En dicho precedente, se reconoce que *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”*, y para no alargar el cargo, solamente nos permitimos citar lo siguiente:

*“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. en otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato un trato discriminatorio, debe justificarlo.” **Sentencia C-022/96***

La actividad del Despacho en el desarrollo de la argumentación de la sentencia fue contraria a la ordenada en las siguientes líneas: *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”* el Despacho obvió por completa que su papel como argumentador judicial debe partir de inclinar el juicio de igualdad pedido hacía la declaración de igualdad, hasta tanto la entidad demanda no pruebe lo contrario.

Por el contrario, aquí la carga argumentativa del Despacho parte de la base de la desigualdad, inicia la argumentación tendiente a rechazar la realidad del demandante, incluso, cuando la entidad demandada no ha probado nada que justifique el trato desigual.

1.8. CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA.

CARGO: No conformó la proposición jurídica completa de las normas aplicables para resolver la litis, pues omitió aplicar la Sentencia de Unificación **de la H. Corte Constitucional, Sentencia SU-519/97**. Pese a que hizo una mención en la sentencia con relación a la solicitud realizada por el suscrito, nunca hubo un estudio profundo de tal situación.

DEMOSTRACIÓN:

En el momento en cual el Despacho determinó las normas aplicables al caso, olvidó señalar que la Sentencia de Unificación, **Sentencia SU-519/97**, era aplicable al caso, pues lo señalado allí como unificado hacer parte del cargo de violación del acto administrativo, ya sea para que se declare la nulidad, o para que se declare la excepción de inconstitucionalidad o de convencionalidad, valga decir, si ni siquiera no la citó, sino que además no le dio aplicación.

Veamos que dice dicha sentencia, con relación a la doctrina de “trabajo igual, salario igual”:

“(…) Ahora bien, esa remuneración no puede ser simplemente simbólica. Ha de ser adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador, a su preparación, experiencia y conocimientos y al tiempo durante el cual vincule su potencia de trabajo a los fines que interesan al patrono. Eso implica que el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones (…)”

*“(…) Como **LA CORTE LO HA MANIFESTADO, NO SE TRATA DE INSTITUIR UNA EQUIPARACIÓN O IGUALACIÓN MATEMÁTICA Y CIEGA**, que disponga exactamente lo mismo para todos, **SIN IMPORTAR LAS DIFERENCIAS FÁCTICAS ENTRE LAS SITUACIONES JURÍDICAS OBJETO DE CONSIDERACIÓN**. Estas, por el contrario, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a las circunstancias específicas, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales (…)”*

*“(…) Pero -claro está- **TODA DISTINCIÓN ENTRE LAS PERSONAS, PARA NO AFECTAR LA IGUALDAD, DEBE ESTAR CLARA Y CIERTAMENTE FUNDADA EN RAZONES QUE JUSTIFIQUEN EL TRATO DISTINTO**. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una. (…)”*

“(…) ASÍ OCURRE EN MATERIA SALARIAL, PUES SI DOS TRABAJADORES EJECUTAN LA MISMA LABOR, TIENEN LA MISMA CATEGORÍA, IGUAL PREPARACIÓN, LOS MISMOS HORARIOS E IDÉNTICAS RESPONSABILIDADES, DEBEN SER REMUNERADOS EN LA MISMA FORMA Y CUANTÍA, SIN QUE LA PREDILECCIÓN O ANIMADVERSIÓN DEL PATRONO HACIA UNO DE ELLOS PUEDA INTERFERIR EL EJERCICIO DEL DERECHO AL EQUILIBRIO EN EL SALARIO, GARANTIZADO POR LA CARTA POLÍTICA EN RELACIÓN CON LA CANTIDAD Y CALIDAD DE TRABAJO(…).”

Esto no fue analizado, ni desde el punto de vista jurídico, ni desde la óptica de lo fáctico por parte del Despacho en la Sentencia, pues de lo contrario, no hubiera llegado a un fallo tan contrario al ordenamiento jurídico como el que profirió.

Si hubiera realizado tal análisis, otro había sido el fallo, pues existe probada la igualdad en el trato, tanto en el plano formal, como en el material, y a su vez, no existe una prueba dentro del proceso que acredite que hay una causal objetiva del trato discriminatorio que

sufre mi poderdante. Lo siguientes cargos de violación los enfocaremos para analizar lo se acaba de afirmar.

Ahora, en la sentencia de adición, dice el Despacho que:

“la tutela en mención se resolvió sobre la discriminación a que fue sometida una trabajadora por su negativa a acogerse a un nuevo régimen salarial amparando la libertad del trabajador en cuanto a la opción sobre regímenes laborales durante la transición legislativa, motivo por el cual el precedente no es aplicable en tanto el demandante no ostenta derechos adquiridos con el régimen salarial anterior por lo que no es sujeto de la transición normativa al haberse vinculado al ejército en vigencia del Decreto 1794 de 2000”

Pareciera que el Despacho lo que esperar es que la sentencia lo que unifica es hechos, y no el contenido doctrinal del derecho fundamental al Derecho Fundamental a la igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”.

Si bien es cierto que los hechos de esa sentencia, no son los mismo de esta demanda, también es cierto que la postura unificada, no se realizó solo para los hechos contenidos en dicha demanda, ya que lo unificado puede ser aplicado a hechos que guarden cierta relación de similitud, pues lo que importa son hechos que den origen a que se demande la aplicación del derecho fundamental a igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”. Y esta demanda desde el comienzo se ha pedido dicha aplicación. Por tal razón, los contenidos allí planteados, son aplicables y de obligatorio cumplimiento para este proceso, ya que son hechos jurídicamente relevantes a la violación del derecho fundamental a igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”.

1.9. CARGO OCTAVO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho con la sentencia apelada, desconoce la igualdad formal en la cual se encuentra mi poderdante con relación a los soldados profesionales que antes fueron soldados voluntarios.

DEMOSTRACIÓN:

Está probado, que, en la actualidad existe el mismo trato de igualdad formal para mi poderdante como para los soldados profesionales que antes fueron soldados voluntarios. Dicha igualdad en el plano formal está dada en lo siguiente:

- a. Tienen asignadas las mismas funciones, esto es lo señalado en el artículo 1 del decreto 1793 de 2000, y no existe Manual específico de funciones, como lo señala la misma institución en la resolución de la consulta realizada y anexada al expediente.
- b. Hacen parte de la misma carrera administrativa, pues todos, tanto profesionales, como los que fueron soldados voluntarios, ingresaron a la carrera del decreto 1793 de 2000, ya que como lo dice la entidad demanda en la contestación de la demanda, la ley 131 fue derogada, y los soldados voluntarios solo tuvieron dos opciones, retirarse de la institución, o manifestar la intención de hacer parte de la carrera administrativa de los soldados profesionales, previa aceptación del comandante de fuerza. Así lo dice el artículo 5: **“PARAGRAFO.** *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”

- c. Los dos soldados profesionales comparados, tanto los nuevos como los que había sido soldados voluntarios, ingresaron a la carrera administrativa después del 01 de enero de 2001. Véase el párrafo antes citado.
- d. Tienen el mismo cargo, dentro de esa carrera administrativa, que es el único dentro de la carrera administrativa creada por el decreto 1793 de 2000.
- e. Tienen las mismas obligaciones y responsabilidades, y así lo establece el articulado del decreto 1793 de 2000, que expresamente dice: artículo 5: **“PARAGRAFO. 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”** más adelante dice el **“ARTÍCULO 37. REGIMENES APLICABLES.** *Los soldados profesionales quedan sometidos al Código Penal Militar, al Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares y a las normas que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”* Y más adelante, con absoluta claridad señala la norma en mención: **“ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION.** *El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales”*
- f. En materia de prestaciones salariales, existe el mismo trato jurídico. Los saldos que antes fueron voluntarios, hoy devengan las mismas prestaciones salariales que fueron creadas para los soldados profesionales de la carrera administrativa, decreto 1794 de 2000, con excepción del porcentaje en el salario básico.

Soldados voluntarios de la Ley 131 de 1985 Y D.370/91 REMUNERACIÓN, PRIMA DE ANTIGÜEDAD, PRIMA DE NAVIDAD, CESANTÍAS, pero al pasar a ser soldados profesionales en la incorporación por medio de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003,71 por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales, inmediatamente empezaron a recibir el mismo trato jurídico que tiene mi poderdante, pues empezaron a devengar, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE VACACIONES PRIMA DE ORDEN PÚBLICO (casos específicos), VIVIENDA FAMILIAR, SUBSISIO FAMILIAR, prevendas que no tenían antes. Con esto queda sentado que el trato en materia salarial, con excepción del porcentaje en el sueldo básico, es exactamente el mismo para los dos soldados, una vez ambos fueron vinculados a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000.

Para explicar mejor, lo inmediatamente afirmado, presento la siguiente tabla, que podemos denominar las prestaciones sociales de los soldados profesionales, y de los soldados que era voluntarios.

	Soldados voluntarios Ley 131 de 1985 Y D.370/91, <u>ANTES DE INGRESAR A LA CARRERA DEL SOLDADO</u>	Soldados profesionales, tanto nuevos, como los que eran voluntarios, <u>DESPUÉS DE INGRESAR A LA</u>
--	---	---

	<u>PROFESIONAL DEL DECRETO 1793 DE 2000</u>	<u>CARRERA DEL SOLDADO PROFESIONAL DEL DECRETO 1793 DE 2000</u>
REMUNERACIÓN	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%	1 SMLMV incrementado en un 40%
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%
PRIMA DE NAVIDAD	1 SMLMV	½ SMLMV
PRIMA DE SERVICIOS	No tenían	½ SMLMV
PRIMA DE VACACIONES	No tenían	½ SMLMV
PRIMA DE ORDEN PÚBLICO (casos específicos)	No tenían	25% sobre el salario básico
VIVIENDA FAMILIAR	No tenían	Acceso a beneficios
SUBSISIO FAMILIAR	No tenían	4% del salario básico mensual por cada año de servicio hasta un máximo de 58%
CESANTÍAS	Una bonificación por año de servicios	Salario básico más prima de antigüedad por año de servicios

- g. NO existe un solo criterio, y tampoco está probado en este proceso, que mi poderdante tenga un trato diferente en el plano formal, frente al trato que reciben los demás soldados profesionales que antes fueron soldados voluntarios, con excepción de la diferencia de salario.

A pesar de esto estar probado en el proceso, a pesar de que la entidad demanda no lo desvirtúa, esto fue absolutamente omitido por el Despacho al momento de hacer el análisis del problema que debía resolver. Por esta razón la sentencia se aparta de una realidad jurídica que cubre a mi poderdante en las mismas condiciones que los otros soldados profesionales que en otrora fueron soldados voluntarios.

1.10. CARGO NOVENO CONTRA LA SENTENCIA

TESIS: El Despacho a pesar de que reconoce que en el expediente están probados los hechos que constituyen la igualdad material, se niega a reconocer lo pedido, tanto en sede declarativa como en sede de nulidad o excepciones y en sede de restablecimiento del derecho.

DEMOSTRACIÓN:

Empezamos por presentarle al Honorable Tribunal Administrativo la deficiente motivación de los hechos por parte del Despacho en la sentencia, lo que desde ya se debe decir, no se agota con transcribir los hechos que fueron presentados en la demanda, sino en presentar

cuales están probados o no, y la motivación que permita entender la justificación de dicha probanza.

HECHOS DE LA DEMANDA	CONTESTACIÓN DE DEMANDA	SITUACIÓN PROBATORIA
15. Mi poderdante, siempre, es decir, día tras día, desde que inició su labor como soldado profesional, ha venido realizado y ejecutado las mismas funciones en igualdad de condiciones que realizan los demás soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, y continúa haciéndolo.	“y valga reiterar que las funciones continuaron siendo las mismas. Independientemente de la denominación”	HECHO PROBADO. Por la vía del hecho aceptado.
16. Mi poderdante tiene asignadas y ejecuta las mismas funciones de los demás soldados profesionales miembros de la misma carrera administrativa, incluidos los que antiguamente se denominaban soldados voluntarios.	“Se reitera que la de denominación del personal de Soldados en voluntarios o profesionales, no incide en la relación con las funciones. Pues estas son las mismas y únicas.”	HECHO PROBADO. Por la vía del hecho aceptado.

El Despacho en la sentencia de aclaración deja ver que para su sentir los hechos del trabajo igual quedaron debidamente probados en el expediente. Pero a pesar de ello, se niega a proceder con la pretensión declarativa relacionada con las funciones, sin el más mínimo fundamento para ello. Rompiendo con el principio de congruencia interna de la sentencia, el cual la demandan una coherencia entre lo dicho en la motivación con lo dicho en la parte resolutive.

1.11. CARGO DÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA

TESIS: No existe una sola prueba, y tampoco existe probada una causal objetiva que justifique el trato de desigualdad que recibe mi poderdante, y a pesar de ello, el Despacho negó el reconocimiento del derecho pedido.

DEMOSTRACIÓN:

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, es unánime, y no acabaríamos de traer innumerables citas de ello, que no todo trato desigual es inconstitucional. Cuando la Corte, concretiza el derecho fundamental a la no discriminación dice lo mismo. No todo trato desigual es en sí violación al derecho de igualdad. Y dice que el trato desigual está permitido, ¡atención! **SIEMPRE Y CUANDO EXISTA UN CRITERIO OBJETIVO QUE JUSTIFIQUE DICHO TRATO.** En materia Salarial, no es ajena dicha tesis, pues con absoluta claridad lo señala en la **Sentencia SU-519/97, donde se dice:**

“(…) LA CORTE LO HA MANIFESTADO, NO SE TRATA DE INSTITUIR UNA EQUIPARACIÓN O IGUALACIÓN MATEMÁTICA Y CIEGA” (…)* *“SIN IMPORTAR LAS DIFERENCIAS FÁCTICAS ENTRE LAS SITUACIONES JURÍDICAS OBJETO DE CONSIDERACIÓN” (…)* *“TODA DISTINCIÓN ENTRE LAS PERSONAS, PARA NO AFECTAR LA IGUALDAD, DEBE ESTAR CLARA Y CIERTAMENTE FUNDADA EN RAZONES QUE JUSTIFIQUEN EL TRATO DISTINTO (…)”

El Despacho negó el reconocimiento del reajuste salarial pedido en aras de que se le ampare el Derecho fundamental de la igualdad, a mi poderdante, sin hacer un análisis mínimo de que criterios objetivos que justifique el tratamiento desigual estaban probados en el proceso. Además de que no hay una sola prueba de ello, y tampoco un solo criterio probado, emite un fallo en contra del ordenamiento jurídico que claramente le dice ***“DEBE ESTAR CLARA Y CIERTAMENTE FUNDADA EN RAZONES QUE JUSTIFIQUEN EL TRATO DISTINTO”***

Les ruego encarecidamente al Honorable Tribunal que revoquen este fallo, y procedan a restablecer el sagrado derecho de la igualdad que tiene mi poderdante, en materia salarial, pues existe una ausencia de pruebas y criterio objetivos que justifique el trato desigual que recibe.

1.12. CARGO UNDÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho, en la sentencia, desconoció la inversión de la carga de la prueba *ipso iure* y la **PRESUNCIÓN DE DISCRIMINACIÓN**, a favor de mi poderdante, y en contra de la entidad demandada quien debía probar que el trato desigual que ofrece a mi poderdante está basado en un criterio objetivo y exento de violación del derecho fundamental de la igualdad en cabeza del demandante.

DEMOSTRACIÓN:

La jurisprudencia de nuestra H. Corte Constitucional, acogiendo los avances probatorios del derecho europeo, de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, y de otras latitudes, reconoce la situación de hecho en que se encuentra la víctima de discriminación a la hora de probar la misma. No solo la reconoció, sino que le creo una situación jurídica especial para su prueba, pues estableció que la carga de la prueba de la justificación del tratamiento desigual estaba en cabeza del demandado, esto es, quien es acusado de realizar el trato desigual. Sabiendo que el Honorable Tribunal conoce de sobra es jurisprudencia, respetuosamente me permito citar algunas disposiciones, consignada en la Sentencia No. C-022/96:

Se tiene que nuestra H. Corte Constitucional, dijo en la Sentencia T-230/94:

“(…) si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato”

Así mismo, H. Corte Constitucional, dijo en la Sentencia T-335/00 algo que fue ratificado después en la sentencia T-079/95, y fue:

“[e]l afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación”

En una sentencia más reciente -Sentencia T-247 de 2010- dice, con absoluta claridad y siguiente la interrumpida tendencia, lo siguiente:

“EN LOS EVENTOS DE PRESUNTA DISCRIMINACIÓN RESULTARÍA INEQUITATIVO Y CONTRARIO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE LA CARGA PROBATORIA RECAYERA EXCLUSIVAMENTE SOBRE LA PERSONA QUE ALEGA SER VÍCTIMA DE DICHA DISCRIMINACIÓN, por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realiza la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se indicó, COLOCAN UNA CARGA PROBATORIA ESPECIAL EN EL ACUSADO, PUES ESTARÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR QUE SU CONDUCTA ES CLARAMENTE GARANTISTA DEL DERECHO DE IGUALDAD y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.⁹

En la sentencia T- 863 de 2011, la Corte fue más clara y su análisis fue más profundo, pues aseveró con total claridad, que la carga de la prueba la tiene quien es acusado del trato discriminatorio, *ipso iure*, si no, además, la consecuencia jurídica del incumplimiento de la carga probatoria por el demandado, dijo literalmente:

*“Todo lo cual quiere decir que, entonces, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, y eso puede hacerlo por ejemplo por medio de indicios. Si lo hace, ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar de manera aceptable que el acto no fue discriminatorio. **Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN.** Pues ese es, en efecto, el modo más equitativo de resolver problemas de discriminación, en los cuales suelen existir dificultades probatorias relevantes”*¹⁰

Como en innumerables oportunidades la Corte lo ha definido, la “discriminación encubierta”¹¹ tiene la problemática de que se presenta con una alta capacidad de camuflaje, y a su vez se presenta cuando con dicha situación se están discriminado varios actores, razón por la cual resulta enmascarada en el acontecimiento del diario vivir, como ocurre con el demandante, quien no solo es víctima de tal discriminación, sino también todos los demás soldados que se encuentran en las mismas circunstancias de salario.

Es claro, que el demandante sentó las bases, desde el punto de vista indirecto que vive una situación de discriminación, pues demostró la igualdad de trato en el plano formal que recibe con lo demás soldados comparados, demostró que tiene las mismas situaciones de formación, de retiro, de calificación, de prestaciones salariales, y a su vez, como quedó definido en la sentencia de aclaración, está demostrado que hace las mismas funciones,

⁹ Énfasis propio.

¹⁰ Énfasis propio.

¹¹ “Se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos” C-1258-2008

situación para que “ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia”, situación que fue abiertamente desconocida por el Despacho.

El Despacho, además, desconoció en la sentencia, la consecuencia jurídica del silencio probatorio que asumió la entidad en el proceso, pues dicha consecuencia jurídica, pasa a ser una PRESUNCIÓN que está claramente enunciada en las siguientes líneas: **Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN.**

En este proceso la parte demandada no satisfizo la carga probatoria radicada en su cabeza, ya que su actividad probatoria fue realizado en un profundo silencio probatorio, y como lo dijo en la contestación demanda, espera que sea este extremo quien pruebe, y aun así, el Despacho no aplicó la correspondiente consecuencia jurídica para tal inactividad, esto es: **“ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN”** por el contrario, fue todavía más drástico en afirmar, sin ningún soporte jurídico ni factico que no hubo discriminación.

Si el Despacho, hubiese sido riguroso y exhaustivo en su análisis jurídico y factico, hubiere comprendido¹² que la carga de probar el trato desigual lo tiene la entidad demandada, *“la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado”* C-022/96 y que la entidad demandada no probó absolutamente nada, por el contrario, optó por aceptar lo que éste extremo del proceso probara, y actuó bajo un silencio de prueba con relación a los criterios que justifican dicha desigualdad. Silencio que fue premiado con por el Despacho, pues obviando su posición de neutralidad en el proceso, desconoció dicha carga y se negó a reconocer lo pedido por el demandante, aunque debió tener **“POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN”**

1.13. CARGO DUODÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso la sentencia de desconocer abiertamente el artículo 53 de la Constitución política, específicamente *los siguientes principios mínimos fundamentales:* a. *Igualdad de oportunidades para los trabajadores;* b. *remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo;* c. *primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.* Dicho artículo dice:

“ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades

¹² Debo aclarar que, si lo comprendió, pues en la sentencia citó dicha obligación cuando trajo a colación la Sentencia No. C-022/96 *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.”* Lo que hizo fue desconocer dicha carga, restarle aplicación a la jurisprudencia constitucional, negarse a darle efectos a dicho mandato.

establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”

DEMOSTRACIÓN:

Siguiendo la metodología de subdividir, respetuosamente presentamos ante el Despacho, las siguientes consideraciones que demuestran el desacierto del fallo recurrido en esta oportunidad:

i. Igualdad de oportunidades para los trabajadores;

Los dos sujetos comparados hacen parte de la misma carrera administrativa, esto es, la del decreto 1793 de 2000. Carrera sui generis, pues solo tiene un cargo, lo que de entrada permite comprender que existe una igualdad entre los dos sujetos del juicio de igualdad, ambos soldados profesionales, vinculados a la misma carrera administrativa, y ostentan el mismo cargo.

*“Con el sistema de carrera se realiza más la igualdad, por cuanto **EL MERECIMIENTO ES LA BASE SOBRE LA CUAL EL EMPLEADO INGRESA**, permanece, asciende o se retira del empleo. Pero, como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia. Esta forma de igualdad, que es la propia del sistema de carrera, supone la equivalencia proporcional. Lo debido al empleado se determina en relación a **LA CAPACIDAD EXIGIDA POR EL CARGO Y A LA RELACIÓN DE LOS EMPLEADOS CON DICHAS EXIGENCIAS**. Lo que mide la igualdad en el sistema de carrera es la proporción entre los distintos empleados y las calidades requeridas para el cargo. Por tratarse de una igualdad o equivalencia, esa igualdad se determina por medidas objetivas, pero no debe pensarse que es posible establecer matemáticamente el valor de las cosas entre sí. ¿Cómo se fija la equivalencia? al no haber criterios naturales, los criterios son necesariamente convencionales: la estimación de las condiciones del candidato (...).
Sentencia C-195 de 1994 Corte Constitucional*

Los dos sujetos, repetimos, hacen parte del mismo cargo, y de la misma carrera administrativa, lo que indica que ambos se encuentran en un escenario de igualdad en “*la capacidad exigida por el cargo y a la relación de los empleados con dichas exigencias*”.

De no ser así, que ambos tienen la misma capacidad y cualidad exigida para ser vinculados a la misma carrera, ya sea por igualdad o por equivalencia, no serían los dos, sujetos comparados, soldados profesionales. Pero al existir dicha equivalencia, los dos sujetos, tienen las mismas condiciones de capacidad y cualidad.

Si embargo, a uno de dichos sujetos se le paga más por el mismo trabajo entregado a la entidad, y a otro, se le paga menos. Si bien la diferencia salarial está justificada para el soldado profesional que fue soldado voluntario ya que para él es un derecho adquirido, no es así para el soldado profesional, como el demandante, ya que no hay una justificación, de porque el soldado que no fue soldado voluntario deba soportar la carga realzar el mismo trabajo, por un salario inferior, al de sus pares en la carrera.

La sentencia desconoce la igualdad de oportunidades, a la que ya fue sometido el demandante, y que la entidad reconoció, al ingresarlo a la carrera administrativa del

decreto 1793 de 2000, pues al momento del ingresó, la entidad demandada, reconoce que el demandante, tiene las mismas condiciones y similar capacidad para ejecutar las funciones inherentes al único cargo de la carrera, y que tal circunstancia indica que el demandante es apto y va a desarrollar las mismas funciones en igualdad de condiciones con los demás miembros de la carrera administrativa ya vinculados, a pesar de que lo somete a entregar y aportar a la institución el mismo trabajo de los demás pero remunera un costo inferior.

Esa igualdad de condiciones en la que se encuentra el demandante con los demás soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, es la que desconoce el Despacho, con absoluta tranquilidad, y debido a dicha omisión, se tolera que la entidad, a pesar de ese trato de igualdad de condiciones, someta al demandante a percibir un salario inferior. Lástima que el Despacho a pesar de haber sido pedido en la demanda, no se haya pronunciado sobre esta situación.

ii. remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo;

La Constitución exige como *principio mínimo fundamental* que el trabajo sea remunerado de forma *proporcional a la cantidad y calidad* del mismo. Dicho principio no está sometido a la fecha de vinculación del servidor público, ni a la norma o contrato que sea aplicable a un trabajador u otro, pues así lo señala el mismo artículo constitucional cuando dice *“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*.

Lo que ordena este principio es que después de una medición del trabajo, tanto en calidad como en cantidad, el pago sea proporcional a tal medida. Sin embargo, en el presente caso, no colocamos en juicio la forma como se mide el trabajo por parte de la institución, sino que al haber dos personas, entregando el mismo trabajo a la institución, en igualdad de condiciones, el mismo es pagado de forma desproporcional, pues a unos se les paga, tanto el salario como todas las prestaciones, teniendo como básico el SMMLV incrementado en un 60% y a otros, se les paga la misma medida de trabajo en igualdad de condiciones el SMMLV incrementado en un 40%.

Pareciera que el Despacho entiende en la sentencia que el hecho de que el trabajador se vinculó en fechas diferentes, entonces, es hechos justifica el pago desproporcional del trabajo que recibe, situación que es contraria al precedente constitucional, pues lo que importa en esta disposición constitucional es la proporcionalidad entre la medida del trabajo y el respetivo pago.

Pero la fecha de vinculación, solo es un criterio formal, que no tiene la capacidad de soportar y justificar la violación al derecho de igualdad, y mucho menos el pago desproporcional del trabajo, situación que ha sido claramente manifestada por nuestra H. Corte Constitucional, cuando dice con absoluta claridad:

*“[L] a existencia de una diferencia salarial entre trabajadores que se encuentran en similares condiciones, debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad. Ahora, **ESA DIFERENCIA NO PUEDE SUSTENTARSE EN ARGUMENTOS MERAMENTE FORMALES COMO LA FECHA DE VINCULACIÓN A UN CARGO** [...]”*. Sentencia T-097 de 2006

Es claro que, si el demandante no recibe el salario proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, pues a otros en mismas circunstancias se les paga más, por los mismo, los derechos fundamentales de la *remuneración mínima vital y móvil* son claramente constreñidos por la entidad.

iii. primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Finalmente como lo acabamos de citar, la fecha de vinculación del demandante, es una situación meramente formal, que no reviste la seriedad y el peso suficiente, para permitir el agravio de los derechos laborales del demandante, como la igualdad, la justicia salarial, el principio de igualdad de oportunidades y la proporcionalidad del salario, pues la diferencia salarial de la que es víctima dice la Corte **“ESA DIFERENCIA NO PUEDE SUSTENTARSE EN ARGUMENTOS MERAMENTE FORMALES COMO LA FECHA DE VINCULACIÓN A UN CARGO”**

Es la realidad, la que se le describió en el hecho 15 y ss de la demanda la que debe tener en cuenta el Despacho, para determinar la proporcionalidad del trabajo, y no la mera formalidad de la vinculación, pues es abiertamente claro para la Constitución que *“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”*

Ya sea porque el acto administrativo sea contrario a la Constitución, o porque el diseño de los decretos reglamentarios lo es, lo relevante es que la administración al no reconocerle y pagarle al demandante un salario proporcional a su trabajo y el Despacho al permitir y justificar tal actuación, es la constitución política la directamente trasgredida, de forma especial su artículo 53 y 11.

De esta manera, el fallo del Despacho, es abiertamente contrario a los *principios mínimos fundamentales* establecidos en el artículo 53 de la Constitución política nuestra, razón más que suficiente para revocar el fallo, y acceder a las pretensiones de la demanda, ya sea en sede de nulidad, o en sede de excepción de inconstitucionalidad, pero siempre con el restablecimiento del derecho de la diferencia salarial.

1.14. CARGO DÉCIMO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho tuvo por probado, sin estarlo, la existencia del pago proporcional al demandante de un salario acorde a la cantidad y calidad de trabajo que aporta a la institución.

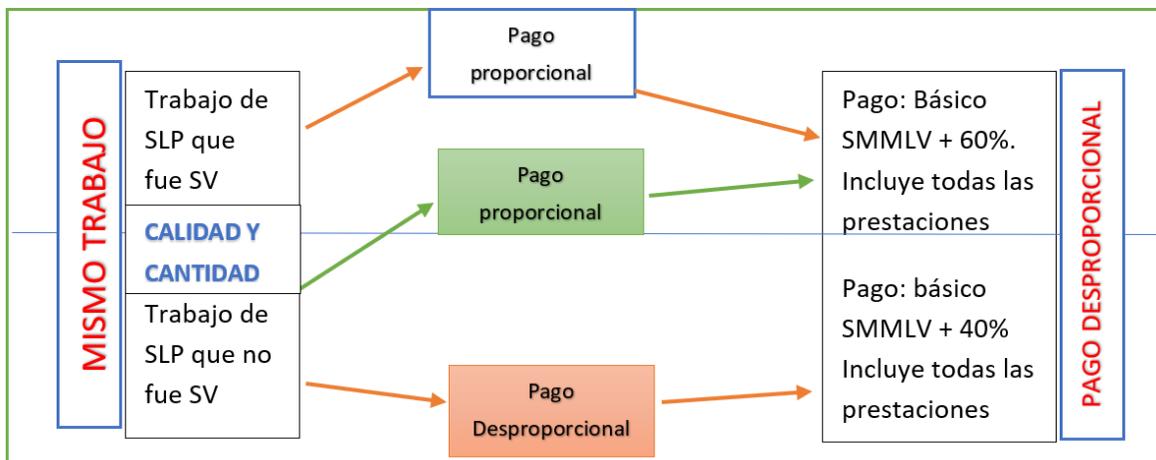
DEMOSTRACIÓN:

Como le hemos dicho, está probado que el demandante ejecuta las mismas funciones que los demás soldados profesionales, vinculados al único cargo de la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, tanto desde el punto de vista material como desde el punto de vista jurídico, pues si el mérito, es el corazón de la carrera administrativa, la entidad al vincular a los dos soldados al mismo cargo, está reconociendo que tiene las mismas condiciones de capacidad para cumplir las funciones.

Sin embargo, como lo hemos dicho, ambos funcionarios, reciben por el mismo trabajo, un salario totalmente diferente, mientras que unos reciben como básico el SMMLV

incrementado en un 60% y sobre ello todas sus prestaciones, otros reciben como como básico el SMMLV incrementado en un 40% y sobre ello todas sus prestaciones.

De acuerdo al anterior cargo, la entidad demanda debió probar, como causal de justificación, que el salario que recibe mi poderdante es proporcional a la calidad y cantidad de trabajo que mi poderdante aporta a la institución, y que, a su vez, el trabajo que aporta los demás soldados profesionales que fueron voluntarios, es proporcional al pago incrementado en un 20% adicional al que recibe mi poderdante, para de esa manera justificar la diferencia salarial en detrimento del derecho y patrimonio del demandante.



Todo esto, en el marco del juicio de igualdad que le he ha pedido al Despacho, pues desde el punto de vista fáctico y jurídico, los dos sujetos comparados, están en igualdad de condiciones, tanto fácticas como jurídicas, sin embargo, el salario es inferior para mi poderdante, lo que es un agravio al principio “*remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*” contenida en el artículo 53 del Constitución Política, que analizaremos a continuación.

2. CON RELACIÓN A LA PRIMA DE ACTIVIDAD

2.1. SENTENCIA RECURRIDA

Respetuosamente, transcribimos parte de la sentencia, específicamente lo que tiene que ver los fundamentos que utilizó el Despacho para analizar, de forma incompleta, lo relacionado con el reconocimiento la prima de actividad, es importante señalarle al Honorable Tribunal, que en caso de que se encuentre algún error en esta transcripción se acuda a lo dicho en la audiencia y en el acta de la misma.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADICIONADA

a. Con relación a la solicitud por parte de la parte actora en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de la Prima de Actividad para los soldados e infantes de marina profesionales, fundamentada en la vulneración al derecho a la igualdad, será negada en razón a que el régimen prestacional aplicable a los soldados profesionales del Ministerio de Defensa Nacional está contemplado en el Decreto 1794 de 2000, el cual establece que dicho personal sin distinción alguna además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, cesantías y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico sin incluir la prima de actividad reclamada.

En relación a los soldados profesionales y a los demás funcionarios Militares y civiles del Ministerio de Defensa se predica una distinción que tiene sustento en los diferentes rangos que operan dentro de la jerarquía organizacional de la Fuerza Pública, además también obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos, así como a la naturaleza y funciones de cada cargo tal como lo dispone la Ley 4° de 1992, circunstancias que permiten que en materia salarial se establezcan tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, es decir, que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución.

Dicho régimen no contempla la prima de actividad como prestación social a devengar por los soldados profesionales, consideración que es conocida por el apoderado de la parte actora al solicitar la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad, conforme al artículo 4 de la Constitución, del Decreto 1794, para que en su lugar se aplique el Decreto 1211 de 1990 o 1214 de 1990, que establece el reconocimiento de dicha prestación tal como lo indica en los fundamentos jurídicos de la demanda.

En tal virtud, el apoderado de la parte actora señala la aplicación de la excepción haciendo referencia a la vulneración del derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa.

No obstante para el despacho no se presenta la alegada vulneración por las siguientes razones:

Según lo preceptuado por la Corte Constitucional⁷ en materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, resaltando que el derecho a la igualdad se predica entre iguales a contrario sensu ante diferentes supuestos de hecho no es posible otorgar el mismo trato, que el derecho a la igualdad se predica entre iguales y no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, pues ciertamente las calidades que se exigen a las personas y responsabilidades, son factores que justifican de suyo la diferencia.

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

En tal sentido los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido 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 exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial.

Por lo anterior, la circunstancia que a los soldados profesionales del Ministerio de Defensa, conforme a su régimen salarial y prestacional, no se les tenga en cuenta la prima de actividad, como si se les reconoce a los oficiales y suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional se encuentra justificada en que

no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad además también obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos como lo dispone la Ley 4 de 1992.

Las anteriores consideraciones permiten señalar que en materia salarial se establezcan tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad es decir que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido de la Fuerza Pública para el ingreso los distintos regímenes en la Institución.

Como conclusión a todo lo anterior para el despacho no existe vulneración a prerrogativas constitucionales que faculte al Juez a desconocer una norma de inferior jerarquía, Decreto 1794 de 2000, en procura de respetar la Constitución, para en su lugar dar aplicación a los decretos que, si contemplan como prestación de los funcionarios del Ministerio de Defensa, en consecuencia, dicha pretensión será negada.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADITIVA

Sobre el numeral 6.

Sobre la prima de actividad en resumen sostuvo el demandante que el acto demandando no se fundamentó en el principio de igualdad en tanto oficiales, suboficiales y soldados, tiene la misma condición de igualdad, en lo que tiene que ver con ser miembros de la fuerza armada de Colombia, más no en la jerarquía de mando, por lo que no se justifica que cumpliendo la condición general de encontrarse en servicio no se les reconozca la prima señalada en iguales condiciones con los oficiales y suboficiales, actuación que considera también violatoria de la prohibición de no discriminación.

El despacho consideró sobre este particular que la no inclusión de los soldados profesionales como beneficiarios de la prima de actividad en relación con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, no constituye per se un tratamiento discriminatorio y por ende no vulnera el derecho de igualdad, puesto que no se trata de individuos iguales ante la ley, dado que ostentan responsabilidades y funciones distintas entre sí y teniendo en cuenta que en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones de ingreso y capacidades que desempeñen las mismas funciones, la ausencia de estos supuestos necesarios conduce a que no se pueda predicar la violación del derecho a la igualdad, pues no solo puede tenerse en cuenta la condición en que se reconoce la prima de actividad en razón a que para encontrarse dentro de los presupuestos para ser beneficiario es únicamente encontrarse activo, sino que debe estudiarse también a quienes va dirigida la norma, por lo que estima el despacho que no se puede predicar igualdad entre desiguales, caso diferente nos ocuparía si esta distinción se predicara entre soldados voluntarios vinculados como profesionales y soldados profesionales que no ostentaron la calidad de voluntarios.

Por otra parte se adicionará a la sentencia que de acuerdo con el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, la definición de salario y prestaciones sociales y su régimen jurídico es propio de la ley, es decir que existe una reserva legal de competencia delegada al Congreso de la República, por lo que no le corresponde al despacho el estudio de las causales por las cuales el legislativo no ha

creado la prima de actividad en favor de los soldados profesionales, como si lo hizo en favor de los oficiales y suboficiales.

Sobre la negativa a declarar la pretensión de 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, el despacho sostuvo que consideró sobre este particular que la no inclusión de la prima de actividad en favor de los soldados no constituye per se un tratamiento discriminatorio y por ende no vulnera el derecho de igualdad, puesto que no se trata de individuos iguales ante la ley, dado que ostentan responsabilidades y funciones distintas entre sí y teniendo en cuenta que en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones de ingreso y capacidades que desempeñen las mismas funciones, la ausencia de estos supuestos necesarios conduce a que no se pueda predicar la violación del derecho a la igualdad, pues no solo puede tenerse en cuenta la condición en que se reconoce la prima de actividad en razón a que para encontrarse dentro de los presupuestos para ser beneficiario sea únicamente encontrarse activo, sino que debe estudiarse también a quienes va dirigida la norma, por lo que estimó el despacho que no se puede predicar igualdad entre desiguales; así mismo se consideró adicionar a la sentencia que de acuerdo con el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, la definición de salario y prestaciones sociales y su régimen jurídico es propio de la ley, es decir que existe una reserva legal de competencia delegada al Congreso de la República, por lo que no le corresponde al despacho el estudio de las causales por las cuales el legislativo no ha creado la prima de actividad en favor de los soldados profesionales, como si lo hizo en favor de los oficiales y suboficiales.”

2.2. CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la sentencia de ser incongruente de la forma citra petita, ya que no resolvió lo que se planteó de la demanda con relación al criterio de comparación.

DEMOSTRACIÓN:

No tuvo en cuenta los parámetros de comparación señalados en la demanda, allí se le pidió que la comparación se hiciera con base en el punto en común de los tres grupos, esto es, que pertenece a las fuerzas militares, fuerza ejército nacional. EL Despacho, en la sentencia no solamente no lo tuvo en cuenta, sino que tampoco dijo por qué razón no debía tenerse en consideración dicho parámetro, a excepción de que por que no había un norma específica que dijera que se podía dar ese trato, el mismo no se podía dar, situación que parece simpática pues de aceptarse una tesis como esta, solo es posible hacer una comparación cuando haya una norma que trate igual a otros, no podría hacerse una comparación cuando es la misma ley la que genera el trato desigual. “*al no existir normatividad específica que permita tratar como jurídicamente iguales a los soldados profesionales con relación a los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, se observa que la entidad demandada no ha vulnerado el derecho a la igualdad como lo argumenta la parte demandante*” como si por ese solo hecho, entonces no hubiera violación al derecho de la igualdad. ¿Qué ocurre entonces, cuando es la misma norma que genera el trato diferencial? O, en otras palabras, cuando la norma no da el mismo trato de igualdad a los dos extremos de la comparación. Al parecer al Despacho, ese solo acontecimiento justifica la violación del derecho de la igualdad, cuando solo es mirar la jurisprudencia de la Corte Constitucional

para descubrir que el derecho a la igual se viola incluso cuando no hay una norma que da trato igual, o lo que es lo mismo genera desigualdad.

El juicio de igualdad indica que para que sea procedente realizarse, se debe establecer *a priori* una igualdad entre los sujetos comparados. La lógica enseña, que la comparación se puede hacer por varios criterios, y se predica igualdad si las partes comparten dicho criterio. Así, por ejemplo, los dos grupos los puedo comparar bajo el criterio de edad, o de sexo, o de origen, o de antigüedad, o de formación, o de responsabilidad, obligaciones, como quiere el Despacho, de acuerdo a las funciones que desarrollan cada uno de ellos.

En la demanda se le presentó el siguiente criterio de igualdad, de acuerdo a un punto común que tienen los dos grupos, y que ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico en reiteradas oportunidades¹³, esto es que los dos grupos comparados, tienen en común que hacen parte de las fuerzas militares y por tal razón si se pueden comparar, pues tienen igualdad en eso.

Al Despacho se le dijo, que en reiteradas ocasiones, los soldados han sido comparados, con los oficiales y suboficiales, bajo el criterio de pertenecer a las fuerzas militares, por la jurisdicción contenciosa administrativa, pero hizo caso omiso a ello, sin pronunciarse sobre dicha tesis, ni tampoco decir porque la descartaba, y en su lugar realizó una comparación que no fue pedida por las partes.

Si el Despacho se hubiere detenido en la demanda, tal vez, hubiera hecho algún pronunciamiento de fondo, repito, acogiendo o descartando lo pedido, pero en ambos casos le hubiese permitido a mi poderdante ejercer el derecho de defensa, de debido proceso, de disentir de la motivación que hubiere tomado el Despacho.

Entonces, además de tal omisión, está, entonces demostrado que si es posible la comparación bajo ese criterio para determinar o no la igualdad.

2.3. CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA.

CARGO: acuso a la sentencia de incurrir en un error de tipo conceptual entre la naturaleza jurídica del salario y la naturaleza jurídica de la prestación salarial.

Confunde la naturaleza jurídica de la prima de actividad, con la retribución de a trabajo igual salario igual.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2012, Radicación: 05001-23-31-000-2002-00672-01(1020-10). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación: 66001233300020120006001 (2681-2013), Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00299-01(1085-14). Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de septiembre de 2016, radicado: 41001-23-31-000-2010-00308-01(4373-14). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 28 de octubre de 2016, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00432-01(4826-14). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de diciembre de 2016, radicado: 81001-23-33-000-2014-00036-01(2405-15). Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2014-00278-01(2801-15). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00564-01(2114-14), Actor: Jesús Elías Silva Leiva, Ana Isabel Parra Contreras y radicado: 47001-2333-000-2013-00006-01(2708-14), Actor: Aida Leonor Mercado Bocanegra y José Encarnación Díaz Silvera. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 23 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00534-01(2146-15), Actor: Hipólito Dávila Sierra, y, radicado: 68-001-23-33-000-2014-00209-01 (4980-2014), Actor: Clelia Roperero Niño. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 de mayo de 2017, radicado: 540012333000201300166-01 (0642-2015), Actor: Ana Rita Melgarejo de Galvis.

a. Naturaleza jurídica de las primas salariales.

El **DICCIONARIO DE DERECHO LABORAL**, de Raúl Chávez Castillo, volumen 4, editado por **OXFORD** en lo que tiene que ver con la entrada de la palabra prima, dice: “Prima. (Del fr. Prima – lat. Praemium = premio.) Dinero que se da como **estímulo o recompensa**¹⁴”

El diccionario del destacado profesor de derecho laboral en toda Iberoamérica, Guillermo Cabanellas, dice en lo que respecta a la entrada prima: “Llámesese también **PREMIO**¹⁵. Sobresueldo que el trabajador percibe por una producción mayor o mejor.”

En el Nuevo Diccionario Etimológico Latín-Español y de las voces derivadas, del profesor Santiago Segura Monguía, siguiendo la etimología descrita en el **DICCIONARIO DE DERECHO LABORAL**, antes citado, se lee para la entrada Preamium lo siguiente: “Preamium- i: Lo que se toma antes que los demás; ventaja, prerrogativa, privilegio, beneficio, favor”.

Desde el punto de vista del derecho laboral, como desde el punto de vista etimológico, la Palabra Prima, tiene un mismo significado. Es un premio o estímulo, es un privilegio, pagado en dinero.

Más no es una contraprestación directa por el trabajo devengado, en misma proporción como lo es el Salario. Ya que las primas no siempre se pagan por remuneración directa de la proporción de trabajo recibido por el empleador. Por ejemplo, la prima de calor¹⁶ no se paga por la cantidad o calidad del trabajo realizado, sino por las circunstancias como se preste el trabajo. Lo mismo la prima de orden público. Misma situación ocurre con la prima de navidad, o de vacaciones.

b. Criterios objetivos de escogencia.

ELEMENTOS DE LA NORMA	
1. Supuesto de Hecho	2. La Consecuencia Jurídica

Desde la academia, y desde la doctrina del derecho, se ha dicho, casi al unísono, que las partes de la norma, entre otras son el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, esta última como respuesta jurídica a la realización del supuesto factico fijado por la norma.

*“Toda norma jurídica contiene dos términos: una proposición hipotética y una consecuencia asignada a la realización de tal supuesto. El primer cuerpo es una descripción o juicio condicional; un hecho o un conjunto de hechos, dentro de un determinado marco de circunstancias; en tanto que el segundo es el mandamiento de un efecto o resultado jurídico para el caso de que en la práctica concurren todos los elementos de la hipótesis. Así, así cuando e conjunto de hechos y circunstancias que conforman el supuesto se encuentra completo, el juicio deja de ser hipotético para convertirse en imperativo o incondicionado. El supuesto de hecho de la norma (factum, Tatbestand, état de cause o fattis-pesie) puede estar confirmado por varios elementos o ser simple, y su integración depende, en últimas, del arbitrio legislativo.”*¹⁷

En el supuesto factico de la norma jurídica que crea una prima, se establecen esas condiciones objetivas que debe cumplir los destinatarios, y en caso de no ser cumplidos, sencillamente no son gobernados por tal norma, pues los hechos sencillamente no se dieron en la realidad objetiva.

c. Régimen de primas para oficiales y suboficiales.

¹⁴ Énfasis propio.

¹⁵ Énfasis propio.

¹⁶ Art. 89 del decreto 1211 de 1990.

¹⁷ HINESTROSA, Fernando: Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. Editorial: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Tomo I. Pág. 38-39.

Hay en el régimen jurídico que regula las primas salariales para los oficiales y suboficiales, una serie de primas que solamente pueden ser devengadas por los sujetos destinatarios de ellas, pues solo ellos, cumplen el supuesto de hecho de las normas jurídica que regulan dicha actividad. Por ejemplo, en el caso de la Prima de bucería, un soldado profesional no tiene tal actividad y formación, lo que lo excluye de dicha prima. Y esa exclusión si no es violatoria del derecho a la igualdad, pues existe un criterio objetivo para infringir el derecho fundamental, criterio que es claramente constitucional. Lo mismo podemos decir de la prima de Prima de calor, de la Prima de comandos.

Hay dos primas que tiene una incidencia importante, y que respetuosamente rogaría la atención del H. Tribunal. Una es la Prima de estado mayor y la otra es la Prima para oficiales del cuerpo administrativo.

Estas primas no son a pesar de que están consagradas para los oficiales, dichas primas excluyen a unos oficiales, a los suboficiales y los soldados profesionales. Pero dicha exclusión está justificada en pertenecer al “estado mayor” o al “cuerpo administrativo” es decir, que hay un criterio objetivo de exclusión. A demás un soldado profesional, como mi poderdante, no hace parte del al “estado mayor” o del “cuerpo administrativo” que es el supuesto de hecho establecido en la norma, y mal haría en pretender dicha remuneración, pues es claro, que no tiene la más mínima posibilidad de prosperar.

d. Régimen común de primas para oficiales, suboficiales y soldados profesionales.

Ahora, ruego, con vergüenza otra vez la atención del H. Tribunal, acá. Hay unas primas que comparten los oficiales, los suboficiales, y los soldados profesionales, por dos razones, de un lado por ser miembros de la institución, y por otra, porque los supuestos de hecho para ganar dichas primas, ambos grupos los comparte. Tal es el caso de la Prima de antigüedad, de la Prima de navidad, de la Prima de orden público, así como de la Prima de vacaciones.

Por ejemplo, si con la prima de antigüedad se premia la permanencia en el tiempo de funcionario en la institución, no sería justo que un soldado ganara dicha prima, es decir fuera premiado por permanecer en la institución, y un oficial y un suboficial no fuera premiado por lo mismo que es el soldado profesional, a pesar de que permanecer en la institución.

Vean ustedes que lo que premia de la prima de antigüedad no es el desarrollo de X o Y funciones, tampoco es una retribución directa del salario devengado, sino un premio que tienen todos los grupos, oficiales y suboficiales junto con los soldados profesionales por estar permanecer en el tiempo vinculados a la institución.

Lo mismo podemos decir de la prima de navidad, o de vacaciones, sería injusto que a un oficial o suboficial no se le pagara dicha prima, mientras que a los soldados si se les pagara, a sabiendas que lo que se premia allí es la navidad, y las vacaciones. Excluir a un suboficial de la prima de navidad, es como decirle que para él no hay navidad.

Eso es lo que pasa con la prima de actividad, ella está establecida para premiar que ellos “permanezcan en el desempeño de sus funciones”, y al no reconocerla para el soldado se le está diciendo que no se le valora su permanencia en el desempeño de sus funciones. Por esta razón que el Despacho no quiere ni siquiera estudiar a fondo, es que el derecho fundamental de no discriminación de mi poderdante, ha sido conculcado, pues no hay un

criterio objetivo probado en el proceso que permita justificar, con grado de certeza y razonabilidad, que su derecho fundamental a la igualdad no ha sido vulnerado.

2.4. CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Desconoce que el demandante acredita las condiciones de hecho del supuesto hipotético de la norma que contempla la prima de actividad para los oficiales y suboficiales.

DEMOSTRACIÓN:

Confunde el supuesto de hecho, con la normatividad que rige a unos y otros, y con que están en *diferentes niveles de jerarquía, rango, entre otros*. El supuesto de hecho es Diferente, respetado *a quo*. El supuesto de hecho, es aquella porción de la realidad objetiva que el ordenamiento abstrae para que quienes allí se encuentren, extender unos efectos jurídicos a esa situación fáctica. Y eso nada tiene que ver con las normas que regulan a una persona.

El supuesto de hecho, que se le reclama al Despacho, no es el de rango o cargo, sino es el que las normas de la prima de actividad, escogieron para pagar dicha prestación social.

NORMA	SUPUESTO DE HECHO	CONSECUENCIA JURIDICA
Decreto 1214 de 1990	“mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”	“tienen derecho a una prima de actividad”

Este es el Supuesto de hecho que la norma establece, “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones” y es claro que la parte demandante, si está en ese supuesto de hecho. Ahora, será distinto si no tiene derecho a la consecuencia jurídica, esto es “tienen derecho a una prima de actividad”, por motivos diferentes.

Pero lo que no es verdad, y carece de todo fundamento es que el demandante, no se encuentre en el mismo supuesto de hecho que la norma contempla para los oficiales y suboficiales, “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones” decir lo contrario es señalar que el demandante no ha desempeñado sus funciones, no dice cuales, sino sus funciones, luego entonces aquí en Respetado Despacho se aparta de la verdad.

Desde ya anuncio algo, los oficiales y los suboficiales, a pesar de que tienen diferentes *niveles de jerarquía, rango, entre otros*, como formación, experiencia, están todos, en el supuesto de hecho que la norma establece, “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”, para que se les extienda la consecuencia jurídica de tal situación, esto es: “tienen derecho a una prima de actividad”. De aquí se puede ver con meridiana claridad, que estar en el supuesto de hecho de la norma que contempla la prima de actividad, no tiene nada que ver con los *niveles de jerarquía, rango, entre otros*, pues si eso fuera así, tanto oficiales como suboficiales que son diferentes en todo, no tendrían derecho a devengar la prima de actividad, o la estarían devengado de forma ilegal, de acogerse la tesis del despacho.

Así pues, lo señalado acá, no tiene solidez fáctica suficiente como para servir de premisa a la sentencia, como pretende hacerlo ver el Despacho. Quiero ser reiterativo, el demandante si está en el supuesto de hecho que contempla la norma jurídica de la prima de actividad, esto es mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”. Cosa distinta es que se

le niegue el derecho de la prima de actividad por otra situación jurídica, pero que el demandante ha desempeñado de sus funciones, es cierto, o ¿cuál es la prueba que el despacho analizó para determinar qué no?

La distinción entre la naturaleza de la prima y el salario no es una distinción producto de una interpretación desfigurada del suscrito abogado, es con base en lo que el legislador señala dentro de la relación laboral. Como apoderado, no puedo cambiar la naturaleza jurídica del salario por el de una bonificación. El Despacho debe respetar esa situación, y evitar sesgos subjetivos de animadversión hacia las pretensiones de la demanda.

Con el debido Respeto del Despacho, pero la norma es clara al diferenciar el supuesto de hecho necesario para devengar la prima de actividad, esto es “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”, sin especificar alguna función específica en cantidad o calidad, y si el “legislador no distingue, al interprete le es vedado”.

Si el “legislador” no tuvo en cuenta, al momento de establecer los requisitos para devengar la prima de actividad, esto es “mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”, criterios de calidad y cantidad de funciones, ¿por qué el Despacho si los tiene? ¿no es esto, un escenario de actuación contra lo señalado en la literalidad de la norma? ¿Qué justifica que el Despacho, le aplique normas de salario, “trabajo igual, salario igual” a una situación que no tiene la condición salarial, sino prestacional?

Respetado Despacho, el Honorable Consejo de Estado, en muchas oportunidades ha analizado la igualdad entre oficiales y suboficiales, con los soldados profesionales, teniendo de por medio prestaciones sociales y salariales, y a ajustado la desigualdad que existía, sin tener en cuenta la diferencia de funciones que presta uno y otro, todo porque, con sabio entender, diferencia la naturaleza de la cosa comparada, por ejemplo, en la sentencia del subsidio de familia de los soldados profesionales dijo:

“La Sala encuentra además que la medida contenida en el decreto 3770 de 2009 encarna en sí misma un acto discriminatorio. Discriminación que se presenta en dos posibles hipótesis normativas: (i) respecto de los soldados profesionales que dentro del término de vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 hubieren adquirido el derecho subjetivo al subsidio familiar por haber contraído matrimonio o constituir unión marital de hecho, frente a los soldados profesionales que teniendo el reconocimiento al derecho objetivo no hubieren alcanzado el expreso reconocimiento al derecho subjetivo, existiendo la probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, dentro del lapso en el que el artículo 11 ibídem se mantuvo vigente, por encontrarse incursos en una expectativa legítima; y (ii) en relación con los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a la prestación del subsidio familiar, frente a los soldados profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo, **COMO RESPECTO DE LOS SUBOFICIALES Y OFICIALES A QUIENES SE LES RECONOCE DICHO DERECHO OBJETIVO.**

(...)

Ahora bien, en relación con la segunda hipótesis normativa mencionada, esta Corporación ha precisado anteriormente **que existe un trato discriminatorio entre los miembros efectivos del ejército nacional con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009, EN LA MEDIDA EN QUE SUBSISTE EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN SOCIAL DEL SUBSIDIO FAMILIAR A LOS SUBOFICIALES Y**

OFICIALES DEL EJÉRCITO Y NO A LOS SOLDADOS PROFESIONALES. *De manera que el Consejo de Estado ha inaplicado, con efectos interpartes, disposiciones contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, por considerar que **CONLLEVAN A PRIVILEGIAR UN TRATAMIENTO DESIGUAL ENTRE IGUALES, EN RELACIÓN CON LA INCLUSIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO FACTOR PRESTACIONAL AL MOMENTO DE LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES Y DE LOS OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES,** toda vez que por mandato del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, solo se reconoce dicha posibilidad cuando quien se retira del ejercicio ha prestado servicios como suboficial u oficial de las fuerzas militares.”*

En esta oportunidad, por ejemplo, se comparó la discriminación de los soldados profesionales que no tenían subsidio de familia, con relación a los oficiales y suboficiales que si lo tenían. El H. Consejo de Estado, encontró que dicha ausencia del subsidio de familia era discriminatoria para los soldados, ya que los oficiales si la tenía.

La pregunta que se debe cotejar el Despacho es: ¿por qué el H. Consejo de Estado, comparó a los oficiales y suboficiales con los soldados profesionales en el marco de una prestación social, sin tener en cuenta que los dos grupos hacen funciones diferentes? ¿Por qué no realizó el juicio de igualdad en la modalidad “trabajo igual, salario igual”? LA Respuesta es sencilla, porque, el subsidio de familia tiene la naturaleza jurídica de ser una prestación social y no un salario. Eso mismo ocurre acá, la prima de actividad tiene la naturaleza de ser una prestación salarial, y no se ser salario, y por tal razón no se le puede aplicar el test de igualdad en la modalidad “trabajo igual, salario igual” cambiando la naturaleza jurídica de la prima a salario.

No es una interpretación caprichosa, “No es lo mismo detesto los libros que los libros de texto”, igualmente, no es lo mismo igualdad salarial que igualdad prestacional. Pareciera que el Despacho no tiene claro el contenido del derecho fundamental a la igualdad. LA primera, igualdad salarial, fue invocada en el presente proceso en relación con la diferencia de salario que hay en entre mi poderdante y los demás soldados profesionales que fueron voluntarios; la segunda, igualdad prestacional, fue invocada en la presente demanda con la relación a la prima de actividad, y la diferencia que se presenta con los oficiales y suboficiales.

2.5. CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA.

La entidad demandada no presentó ninguna excepción en la contestación de la demanda, ni probó ningún criterio objetivo de justificación del derecho a la no discriminación, situación que no tuvo en cuenta el Despacho, máxime cuando la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha dicho:

Sentencia T-247 de 2010- dice, con absoluta claridad y siguiente la interrumpida tendencia, lo siguiente:

“EN LOS EVENTOS DE PRESUNTA DISCRIMINACIÓN RESULTARÍA INEQUITATIVO Y CONTRARIO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE LA CARGA PROBATORIA RECAYERA EXCLUSIVAMENTE SOBRE LA PERSONA QUE ALEGA SER VÍCTIMA DE DICHA DISCRIMINACIÓN, *por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realiza la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se*

indicó, **COLOCAN UNA CARGA PROBATORIA ESPECIAL EN EL ACUSADO, PUES ESTARÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR QUE SU CONDUCTA ES CLARAMENTE GARANTISTA DEL DERECHO DE IGUALDAD** y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.¹⁸

En la sentencia T- 863 de 2011, la Corte fue más clara y su análisis fue más profundo, pues aseveró con total claridad, que la carga de la prueba la tiene quien es acusado del trato discriminatorio, *ipso iure*, si no, además, la consecuencia jurídica del incumplimiento de la carga probatoria por el demandado, dijo literalmente:

*“Todo lo cual quiere decir que, entonces, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, y eso puede hacerlo por ejemplo por medio de indicios. Si lo hace, ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar de manera aceptable que el acto no fue discriminatorio. **Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN.** Pues ese es, en efecto, el modo más equitativo de resolver problemas de discriminación, en los cuales suelen existir dificultades probatorias relevantes”¹⁹*

En el proceso que nos convoca, esto fue ignorado con absoluta tranquilidad por el Despacho.

2.6. CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA

Entiende este apoderado, que el despacho asume en la sentencia El criterio de que las funciones de los oficiales y suboficiales son diferentes a las que presta el soldado profesional, y que, por eso, es justificado el trato de exclusión de la prima de actividad. Y soporta tal justificación, en sendas sentencias judiciales. Bajo ese entendido, respetuosamente disintimos del Despacho, pues en nuestro sentir, ello no es un criterio objetivo que justifique la desigual.

Con la venia del H. Tribunal, me permito explicar lo siguiente:

Como se dijo en el hecho 1 de la demanda, la fuerzas militares están organizadas de forma jerárquica, y si la miramos de forma ascendente en la base están los soldados profesionales, que básicamente tienen la misión de ser operadores, enseguida encontramos los suboficiales que tiene la funciones y tarea de ser apoyo para los oficiales, en la ejecución de las decisiones tomadas por estos; y en la cúspide de la jerarquía tenemos a los oficiales, quienes tiene la misión de orientar, dirigir, y planear las estrategias convenientes para la misión de la institución.

Respetuosamente quiero presentar las siguientes tablas, en donde se especifican con meridiana claridad, los cargos y grados que tienen los oficiales y suboficiales dentro del Ejército nacional.

¹⁸ Énfasis propio.

¹⁹ Énfasis propio.

En primer momento, así está conformada el grupo de los **SUBOFICIALES**:

SUBOFICIALES	CABOS	Cabo tercero
		cabo segundo
		Cabo primero
	SARGENTOS	Sargento segundo
		Sargento vice primero
		Sargento primero
		Sargento mayor
		Sargento mayor de comando

En segundo momento, así está conformada el grupo de los **OFICIALES**:

OFICIALES	OFICIALES MENORES	Subteniente
		Teniente
		Capitán
	OFICIALES MEDIANOS	Mayor
		Teniente coronel
		Coronel
	OFICIALES MAYORES	Brigadier general
		Teniente general
		General comandante.

De esta forma de organización de la entidad, podemos extraer varias cosas.

De un lado, dicha organización corresponde a una organización racional de los recursos humanos de la institución, pues existe una clara *división del trabajo* necesaria par cumplir los fines del estado y de la institución en particular.

Dada la *división del trabajo* es claro que cada uno de los servidores públicos tiene funciones y tareas diferentes, dependiente el cargo que ocupen. Un subteniente, no tiene las funciones y tareas asignadas, así como la responsabilidad y formación, que tiene asignadas un funcionario público que está en el Cargo de General de la república.

Pero a pesar de dicha *división del trabajo*, y de que las funciones de cada uno de los cargos, al interior de las dos carreras, son totalmente diferentes, en términos cuantitativos y

cualitativos, todos, absolutamente todos, los funcionarios de dichas carreras tienen derecho a una prima de actividad. Obviamente proporcional al salario de cada cargo. Pues no es lo mismo el salario básico de un sargento que el de un general, pero sobre ese se les liquida un porcentaje para el pago de la prima de actividad.

Entonces, 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.

Atención, no estamos diciendo que las funciones sean las mismas, lo que estamos diciendo es que, para el pago de la prima de actividad, no hay distinción alguna por la calidad y cantidad de trabajo del funcionario, pues si así fuera un suboficial no podría ganarla, pues es bien diferente su trabajo con relación al de un oficial. Incluso, al interior de cada carrera, todos los cargos asignados y ejecutan funciones diferentes, pues no es lo mismo, cualitativamente como cuantitativamente hablado, tener el cargo de cabo tercero y tener el cargo de cabo segundo.

Entonces, ¿si estos grupos se les paga dicha prima, a sabiendas que hacen diferentes funciones, por qué razón no se le paga a mi poderdante, que hace funciones diferentes?

Para finalizar, el Despacho al colocar este criterio objetivo, en aras de decir que no se vulnera el derecho de igualdad en la modalidad “a trabajo igual, salario igual”, está incurriendo en un error conceptual desproporcionado, pues confunde prestación salarial con salario.

Si lo que en la demanda se hubiera pedido fuera la igualdad de salario, es a todas luces claro, que el derecho a la igualdad en la modalidad “a trabajo igual, salario igual”, no es vulnerado, pues existe diferencias cualitativas y cuantitativas entre las funciones que hace un soldado con las que hace un oficial o suboficial, y por tal razón le asistiría absoluta razón al Despacho.

Pero lo que aquí se pide es una igualdad en materia de prestaciones salariales, que son jurídicamente diferentes al salario, pues no retribuyen el trabajo directamente, sino riesgos, circunstancias o situaciones que se originen a lo largo de la relación laboral estatutaria, y solo por ello, es que oficiales y suboficiales pueden devengarla, pues si fuera una retribución directa al salario, no existiría tal posibilidad, ya que sus funciones son material, cuantitativa y cualitativamente diferentes.

Y por esa razón es que la H. Corte Constitucional, comparó al grupo de Oficiales con el Grupo de Suboficiales, amparando los derechos de igualdad de estos últimos, porque fueron excluidos de una prestación social, la Prima para oficiales del cuerpo administrativo, encontrándose ambos grupos en el mismo supuesto de hecho de la norma que consagra dicha prima, y excluidos sin ningún criterio objetivo de justificación, estas son las palabras de la H. Corte Constitucional:

“En el marco específico de este régimen especial, la jurisprudencia ha aceptado que es posible entrar a comparar las eventuales diferencias de trato que se establecen en su interior entre dos grupos de personas: los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares.”

Ha justificado esta posibilidad en varias consideraciones: (i) Se trata de grupos que si bien no son idénticos si se encuentran en la misma situación de hecho; (ii) Las razones que justifican excluir a los oficiales del régimen prestacional general, son las mismas que justifican excluir a los suboficiales; (iii) Las especiales condiciones laborales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares es lo que lleva a la Constitución (artículo 217) y a la ley (artículo 279 de la Ley 100 de 1993) a ordenar al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos, sin distinguir entre oficiales o suboficiales; (iv) la regulación se efectuó mediante un solo decreto, el Decreto Ley 1211 de 1990, en el cual se contemplan varias normas que los cobijan a ambos grupos, en las que se establecen las mismas reglas y consecuencias jurídicas para oficiales y suboficiales”
Sentencia C-229/11

Entonces si se comparan oficiales con suboficiales, a pesar de hacer funciones diferentes, si se les concede el derecho de igualdad en materia de prestaciones sociales, no entiendo este apoderado porque para el despacho no es posible comparar los soldados profesionales con los demás grupos de la fuerza militar, y además reconocer el derecho a la igualdad en materia de prestaciones sociales, bajo el argumento de que no hacen lo mismo.

2.7. CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: La sentencia proferida por el Despacho es abiertamente contraria a al párrafo del artículo 334 de la Constitución política de Colombia.

DEMOSTRACIÓN:

Antes de presentar al Despacho, las consideraciones del caso, es importante citar de forma textual lo consignado en aquella disposición de carácter superior.

“PARÁGRAFO. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”

A lo largo de la motivación del Despacho, se puede evidenciar que el despacho encuentra justificado la trasgresión al derecho fundamental de la igualdad de mi poderdante, en argumentos como la **“racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales”**.

Es argumentación, no justifica la violación del derecho fundamental de la igualdad, pues como vimos el único “supuesto criterio objetivo” para justificar la exclusión de mi poderdante es que el no hace las funciones, ni en calidad ni en cantidad, que tienen asignadas los oficiales y suboficiales, y quedo demostrado que incluso al interior de la carrera de cada uno de ellos, se cumplen diferentes funciones en cantidad y cualidad.

Ahora, sumar al anterior “supuesto criterio objetivo”, el posible justificante de la exclusión del demandante de dicha prima de actividad, a pesar de que se encuentra en el mismo supuesto de hecho de los oficiales y suboficiales, y que el criterio de comparación ya ha sido aceptado por el Consejo de Estado, lo relacionado con la **“racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales”**, es abiertamente contrario a la Constitución política que señala: **“PARÁGRAFO.** Al interpretar el presente

artículo, **BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA, AUTORIDAD ALGUNA DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA, LEGISLATIVA O JUDICIAL, PODRÁ INVOCAR LA SOSTENIBILIDAD FISCAL PARA MENOSCABAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, RESTRINGIR SU ALCANCE O NEGAR SU PROTECCIÓN EFECTIVA**

Cuando el Despacho niega las pretensiones acudiendo a los contenidos de la sostenibilidad financiera, automáticamente contradice la norma superior aquí invocada.

2.8. CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: El Despacho desconocer el precedente Constitucional, contenido entre otras sentencias en la C-022/96; **Sentencia C-862/08, y Sentencia C-536/16**, donde se afirma que: *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”*

DEMOSTRACIÓN:

En dicho precedente, se reconoce que *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”*, y para no alargar el cargo, solamente nos permitimos citar la sentencia inicial, fundante, que es ratificada por las demás:

“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. en otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato un trato discriminatorio, debe justificarlo.” Sentencia C-022/96

La actividad del Despacho en el desarrollo de la argumentación de la sentencia fue contradice a la ordenada en las siguientes líneas: *“la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad”* el Despacho obvió por completa que su papel como argumentador judicial debe partir de inclinar el juicio de igualdad pedido hacía la declaración de igualdad, hasta tanto la entidad demanda no pruebe lo contrario.

Por el contrario, aquí la carga argumentativa del Despacho parte de la base de la desigualdad, inicia la argumentación tendiente a rechazar la realidad del demandante, incluso, cuando la entidad demandada no ha probado nada que justifique el trato desigual.

3. CON RELACIÓN AL SUBSIDIO DE FAMILIA

3.1. Sentencia Recurrida

De forma respetuosa, y para efectos metodológicos me permito transcribir las sentencias, adicionada y aditiva, en el presente recurso, con la finalidad de colocar en contexto al Honorable Tribunal Administrativo los cargos que se presentan contra ellas.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADICIONADA.

“b. Sobre la liquidación del subsidio familiar tenemos que en efecto se le reconoció al actor con el 23% señalado en el artículo 1 del decreto 1161 de 2014, por haber adquirido el derecho conforme los requisitos legales por medio de la orden administrativa de personal OAP 2374 del 30 de noviembre de 2014, en razón a la acreditación del matrimonio y la existencia de un hijo, hechos de los cuales se extrae que en efecto y conforme la prueba arrimada al proceso el actor cumplió con el requisito para hacerse acreedor al subsidio familiar ya en vigencia del decreto 1161 de 2014, por lo que inicialmente el acto administrativo demandado goza de respaldo legal en su expedición.

Ahora, como el actor pretende la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad del decreto 1161 de 2014 y la aplicación en su lugar del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, entonces, para resolver se considera que si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014, norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir el mes de octubre del año 2014, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal que datan del año 2014, motivo por el que en este aspecto, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión.”

CONTENIDO DE LA SENTENCIA ADITIVA.

“Sobre el literal 10, 11 y 12.

La sentencia es clara en el sentido de explicar que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales y aquellos que ingresaron al Ejército Nacional bajo la denominación de soldados profesionales no se encuentran en condiciones de igualdad en tanto los regímenes jurídicos que los gobiernan son distintos, de modo que no se puede predicar la igualdad que reclama el actor.

En esa medida, la sentencia explicó que el marco legal del subsidio familiar al que tiene el derecho el actor es el contenido en el decreto 1161 de 2014, en tanto que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales se encuentran bajo el manto normativo del Decreto 1794 de 2000 y se consideró que “si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014, norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir en el año 2015, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal 2179 de 2015 (f. 35 y 40 archivo 23), motivo por el que en este aspecto, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión.”

Así las cosas, frente a la motivación expuesta respecto de la correcta aplicación de la normatividad jurídica en cuanto a la liquidación del subsidio familiar por la

existencia de dos regímenes normativos diferentes, resulta que no es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad que se alega por el actor y menos la excepción de convencionalidad propuesta.

Al efecto, de lo expuesto tanto en la sentencia como en la presente providencia, se tiene que para esta Judicatura resulta claro que no se han violado los derechos a la igualdad y al trabajo reclamados por el actor en tanto los marcos normativos que rigen la vinculación de los soldados profesionales y de los soldados voluntarios que hicieron paso a profesionales es diferente y en esa medida los actos administrativos demandados no son contrarios a la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que no es procedente la excepción de constitucionalidad y de convencionalidad reclamados en la demanda.”

3.2. CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la Sentencia ser contraria a las reglas de la argumentación racional de las sentencias, pues de una lado; la acuso de incurrir en una falta de motivación interna de razonamiento, en la modalidad de existencia de invalidez de la inferencia²⁰ a partir de las premisas dadas, es decir, el razonamiento es formalmente inválido, se presenta una falacia de tipo non sequitur; de otro lado, la acuso de incurrir en deficiencias en la motivación externa²¹, es decir, las premisas y las conclusiones son sustancialmente falsas e incorrectas, pues dichos enunciados no son materialmente ciertos ni jurídicamente correctos, ya que adolecen de sustento fáctico y jurídico. De esta forma, el Despacho en la Sentencia pasa por alto, todas las reglas de motivación racional de las sentencias judiciales.²²

Antes de realizar la demostración, les ruego tengan en cuenta estas premisas para que sean entendido el cargo. La justificación interna de la sentencia, la entendemos de carácter exclusivamente lógico-deductivo, es decir del paso de las premisas a la conclusión; y la Justificación externa, que no excluye la lógica, pero requiere de más, la entendemos concerniente al establecimiento de las premisas, es decir, al principio de correspondencia entre la premisa y su origen, sea jurídico o se falso. La premisa, el círculo tiene 3 lados iguales, está construida con las reglas de la lógica forma, más no con referencia a la vida real, o realidad objetiva, pues es falsa, “motivación externa de la sentencia” (quien tiene tres lados iguales es el triángulo equilátero y no el círculo) y esto es lo que pretendemos demostrar, que las premisas que fijó el despacho para resolver el caso, son falsas e incorrectas, además de ser contrarias a la lógica-deductiva, punto de partida y esencia de todo argumento.

DEMOSTRACIÓN:

Para demostrar el Cargo, usaré como metodología la siguiente: Citaré cada premisa del argumento esgrimido en la Sentencia, para posteriormente presentar el análisis al

²⁰ Se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión (corrección lógica o coherencia narrativa).

²¹ Se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

²² La argumentación sirve para confrontar tesis de cargo y descargo, explicando con base a los elementos existentes en el caso, cuál debe ser la imperante en la dialéctica del razonamiento de la autoridad. La motivación consiste en justificar, en base en el contenido existente, cuál debe ser la decisión adoptada, la congruencia y logicidad del argumento expuesto a fin de concluir en una decisión razonada al caso concreto.

Honorable Tribunal, donde se pretende demostrar el desacierto de la premisa, que al hacer la sumatoria de todos, invalida el argumento que presenta el Despacho.

PREMISA 1:

Dice el Despacho en la sentencia que:

“b. Sobre la liquidación del subsidio familiar tenemos que en efecto se le reconoció al actor con el 23% señalado en el artículo 1 del decreto 1161 de 2014, por haber adquirido el derecho conforme los requisitos legales por medio de la orden administrativa de personal OAP 2374 del 30 de noviembre de 2014, en razón a la acreditación del matrimonio y la existencia de un hijo, hechos de los cuales se extrae que en efecto y conforme la prueba arrimada al proceso el actor cumplió con el requisito para hacerse acreedor al subsidio familiar ya en vigencia del decreto 1161 de 2014, por lo que inicialmente el acto administrativo demandado goza de respaldo legal en su expedición.”

ANÁLISIS DE LA PREMISA 1:

Es una premisa que en su mayor parte contiene análisis de hechos, y en menor contenido, análisis jurídico: En relación a los hechos, diremos lo siguiente:

- Es cierto que al acto se le reconoció el subsidio de familia con base en el decreto 1161 de 2014.
- Que dicho reconocimiento se hizo por medio de la orden administrativa de personal OAP 2374 del 30 de noviembre de 2014.
- Que el demandante acreditó el Estado Civil producto del Matrimonio. Sin embargo, aquí el Despacho pasa por alto (**OMITIÓ**) un dato importante. La fecha del Matrimonio, esta es el **16 DE AGOSTO DE 2012**.

En relación a los temas de tipo jurídico diremos lo siguiente:

- Con respecto a la afirmación del Despacho: *“el actor cumplió con el requisito para hacerse acreedor al subsidio familiar ya en vigencia del decreto 1161 de 2014”* debemos manifestar que la misma es parcialmente correcta. Si bien el demandante cumplió los requisitos que establece el decreto 1161 de 2014, también es cierto, que el demandante también cumplió los requisitos para obtener el subsidio de familia conforme lo señalado en artículo 11 del decreto 1794 de 2000. Resulta un poco desconcertante que el Despacho se concentre en si adquirió o no, el subsidio, por tener los requisitos a la luz del *del decreto 1161 de 2014*, ya que, de un lado, es tema que no se debate, pues así lo admite el demandante como la demandada; y de otro lado, eso no resuelve lo que realmente se le plantea en la demanda, es una evasión de administrar justicia al no resolver de fondo lo planteado.
- Con respecto a la afirmación: *“por lo que inicialmente el acto administrativo demandado goza de respaldo legal en su expedición”* pareciera que el Despacho no entendió o no comprendió la problemática de la demanda. Se le pide la nulidad del acto administrado por ser violatoria del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, razón por la cual, el análisis de legalidad que debió hacer es frente a ese decreto. No puede decir, que por el hecho de que se expidió con base en X norma, por ese solo hecho, no se desvirtúa la legalidad del acto, cuando ni siquiera ha realizado un análisis con la norma que se le dice está siendo conculcada. Al Despacho nunca se le dijo que el

acto era violario del decreto 1161 de 2014, y por esa razón, no puede contentarse en decir que por no violarlo entonces la legalidad del acto está incólume. Repetimos, cuando no ha realizado un análisis serio, exhaustivo, profundo y riguroso de lo que realmente se le plantea en la demanda. La violación del artículo 11 del decreto 1794 de 2000 por parte del acto administrativo que negó el reconocimiento y pago del reajuste del subsidio de familia.

- Siguiendo con lo anterior, olvida el Despacho, y omite a pesar de que se le pidió en el proceso, *respaldo legal en su expedición*, se presume inconstitucional, por ser un decreto que modificó de forma regresiva un derecho prestacional. Situación que la veremos más adelante. En otras palabras, debió analizar de que a pesar de que el acto administrativo demandado goza de respaldo legal, decreto 1161 de 2014, no goza de respaldo constitucional, tema suficiente para que sea estudiado en la excepción de inconstitucionalidad que se propuso.

PREMISA 2:

Dice el Despacho en la sentencia que:

“Ahora, como el actor pretende la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad del decreto 1161 de 2014 y la aplicación en su lugar del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, entonces, para resolver se considera que si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014, norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir el mes de octubre del año 2014, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal que datan del año 2014”

ANÁLISIS DE LA PREMISA 2:

La mayoría de la premisa es de contenido jurídico. Premisa que es incorrecta a la realidad al contenido del ordenamiento jurídico vigente por lo siguiente:

- Con relación a la afirmación: *“el actor pretende la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad del decreto 1161 de 2014 y la aplicación en su lugar del artículo 11 del decreto 1794 de 2000”* deja un sentimiento de frustración al suscrito apoderado esta afirmación, pues si bien se pidió *la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad* el Despacho tenía la obligación primera de estudiar la pretensión principal, “teoría general del proceso” para proceder a estudiar la pretensión subsidiaria. Cosa que no hace, pues avoca la pretensión subsidiaria sin hacer un estudio riguroso de la pretensión principal de nulidad. Nada dijo de la nulidad del acto administrativo con relación al artículo 11 de decreto 1794 de 2000 y ya está estudiando la excepción de inconstitucionalidad, lástima la falta de técnica de la Sentencia.
- Con relación a la afirmación: *“para resolver se considera que si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados*

profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014” varias cosas: **1)**. El artículo 11 de decreto 1794 de 2000, no solo contempla el 4% del salario básico, sino que además suma el 100% de la prima de antigüedad. Esa sumatoria conforman el subsidio de familia de la dicha norma. **2)**. El hecho de que el acto administrativo que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tenga sustento en el Decreto 1161 de 2014, no implica que, por esa situación, no se viole el artículo 11 de decreto 1794 de 2000, declaración que le pedimos en la demanda, pero que el Despacho ha evadido estudiar; **3)**. El hecho de que el acto administrativo que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tenga sustento en el Decreto 1161 de 2014, no implica automáticamente que el acto administrativo no puede ser nulificado por contrariar otra norma, como lo quiere hacer ver el Despacho. Eso es erróneo desde la sola teoría del acto administrativo.

- Con relación a la afirmación: “norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir el mes de octubre del año 2014, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal que datan del año 2014” diremos varias cosas: **1)**. Es cierto que el Demandante acreditó reunir los requisitos para obtener el subsidio de familia en el año 2014; **2)**. No es cierto que por el hecho de que haya acreditado los requisitos ante la entidad demandada en el año 2014, por ese solo hecho deba aplicarse el contenido del decreto 1161 de 2014, por lo siguiente: **a)**. El Despacho ignora, deliberadamente porque en la demanda se le colocó de presente, el desarrollo normativo de la legislación relacionada con el subsidio de familia del Demandante; **b)**. Ignora que el artículo 11 de decreto 1794 de 2000 estuvo derogado desde el año 2009 por el decreto 3770; **c)**. Ignora que debido a dicha ausencia de norma y de reconocimiento del subsidio de familia, el gobierno nacional creó un nuevo subsidio de familia para los soldados contenido en el decreto 1161 de 2014; **d)**. Ignora que el Honorable Consejo de Estado por medio de la sentencia Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS: “**FALLA: DECLARAR**, con efectos ex tunc, la nulidad total del decreto 3770 de 2009, por medio del cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones, expedido por el gobierno nacional.” **e)**. Ignora que a partir de dicha declaratorio, revivió el artículo 11 de decreto 1794 de 2000; **f)**. ignora que el contenido de dicho artículo es el siguiente: *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.* **g)**. Ignora que, en el sentir del Honorable Consejo de Estado, el artículo 11 de decreto 1794 de 2000 fue subrogado por el decreto 1161 de 2014 **g)**. Desconoce que a pesar de que el actor se casó en el año 2010, no podía acreditar su situación a la entidad sino hasta el 2014, pues en el lapso de tiempo anterior, materialmente no existía subsidio de familia para los soldados profesionales. Si el actor no acreditó antes su situación y su reclamó su subsidio de familia antes, es porque no existía dicha posibilidad jurídica. **h)**. olvida el Despacho, que en la vigencia del artículo 11 de decreto 1794 de 2000 el demandante celebró contrato de matrimonio como quedó acreditado en el proceso. **En razón de lo anterior, no es cierto que la normativa que se le debe aplicar al demandante sea la contenida en el decreto 1161 de 2014, sino que, la normativa con vocación a ser aplicada es la contenida en el artículo 11 de decreto 1794 de 2000.**

Con base en lo anterior, se puede evidenciar que la premisa que asume el Despacho en el argumento que “justifica” la negación de las pretensiones, no tiene el respaldo jurídico correcto, a la luz de la realidad del ordenamiento jurídico vigente. Razón por la cual, el

argumento queda huérfano de premisa. Suficiente motivo para el Honorable Tribunal Administrativo proceda a corregir el yerro argumentativo del *a quo*.

CONCLUSION 1:

Dice el Despacho en la sentencia que:

motivo por el que en este aspecto, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión.”

ANÁLISIS DE LA CONCLUSION 1:

Con la venia del Despacho, al analizar la conclusión a la que llega el Despacho, vemos que la misma no se sigue de las premisas que ha venido desarrollando, diremos por tal razón que la conclusión que presenta el Despacho en el razonamiento, está inmersa en una falacia que la lógica nos enseña con el nombre de **NON SEQUITUR**. En otras palabras, **LA CONCLUSIÓN DEL ARGUMENTO ES UNA FALACIA DE TIPO NON SEQUITUR**, por lo siguiente:

- Dice el Despacho que: *“el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado”* Diremos lo siguiente:**1)**. La conclusión es una falacia de tipo **NON SEQUITUR**, pues no se sustentan en las anteriores premisas que el Despacho presentó en el argumento pues: **a)**. El Despacho viene diciendo en las premisas que, el demandante acreditó los requisitos necesarios ante la entidad y solicitó el derecho en el año 2014. Dijo el acto administrativo está adecuado a la normatividad vigente al momento del reclamo del derecho, dijo que el mismo se ajusta al decreto 1161 de 2014, y que por esa razón se entiende ajustado a derecho; **b)**. No dijo nada más. **c)**. A pesar de que en la demanda se le pidió un juicio de igualdad²³, no lo hizo en la sentencia; **d)**. No realizó

²³ Sentencia C-015/14 “El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cual es el grado de intensidad adecuado a un caso sub judice, este tribunal ha fijado una regla y varios criterios, como se da cuenta enseguida. La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa

ningún test de proporcionalidad, donde se argumente sobre la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto e). y a pesar de ello concluye que: “no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado”.

- Dice el Despacho que: “fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión” de pasa a demostrar la falacia de esto en los siguientes términos: **a)**. Nada tiene que ver el que el objeto del subsidio de familia sea ayudar a solventar las necesidades económicas del trabajador con que el demandante haya adquirido el Derecho a su reconocimiento con base en el decreto 1161 de 2014 **b)**. El hecho de que el demandante haya adquirido el subsidio con base en el decreto 1161 de 2014 no hace que se cumpla el objetivo en su integridad, pues el subsidio de familia del decreto invocado realiza en términos cuantitativos el objetivo del subsidio de familia; **c)**. El hecho de que el objetivo del subsidio de sea “solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios” no justifica que el demandante *per se* no tenga derecho a la reliquidación rogada en la demanda y contenida en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000. Es más ni siquiera el Despacho ha evaluado cual de los trabajadores tiene menores salarios, y ya justifica que el demandante no tiene derecho a dicho subsidio.

Es claro que la conclusión del argumento presentado por el Despacho es una falacia, pues no se sigue de las premisas que el Despacho presentó anteriormente en la sentencia. No puede decir que hay proporcionalidad cuando ni siquiera ha tenido la prevención de hacer un estudio sobre el contenido de dicho concepto, y mucho menos, de su aplicación al presente caso. NO puede decir que, debido al objeto y objetivo del subsidio de familia para los soldados profesionales, el demandante ya no tiene derecho al reconocimiento de la reliquidación con base en el decreto 1794 de 2000, pues al hacerlo, incurre en yerros argumentativos, prohibidos por el derecho fundamental del usuario a tener sentencias correctamente motivadas.

Por todo lo anterior, el contenido de la Sentencia adicionada, es contrario a las reglas de la motivación de las sentencias judiciales, pues los estándares de las mismas, indican el deber de motivación que asuma coherencia interna en el argumento lógico deductivo, y externa en la correspondencia con el ordenamiento jurídico y los hechos.

PREMISA 3:

Dice el Despacho en la sentencia que:

excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio. El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.”

“Sobre el literal 10, 11 y 12.

La sentencia es clara en el sentido de explicar que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales y aquellos que ingresaron al Ejército Nacional bajo la denominación de soldados profesionales no se encuentran en condiciones de igualdad en tanto los regímenes jurídicos que los gobiernan son distintos, de modo que no se puede predicar la igualdad que reclama el actor.

ANÁLISIS DE LA PREMISA 3:

Las afirmaciones contenidas en la anterior premisa, dejan un poco confuso al suscrito abogado, pues por una lado; puede ser entendido, como que el Despacho se equivocó al momento de presentar la adición, ya que la misma era sobre el subsidio de familia y se pronunció fue sobre la línea de la reclamación del 20%; de otro lado, puede ser entendido, que el Despacho hace referencia al análisis de igualdad que se le pidió en la demanda con relación a los soldados que devengaban el del subsidio de familia con base *el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000*, y lo que lo hacen con base en el *Decreto 1162 de 2014* como es el caso de mi poderdante.

Sea cual sea la intención del Despacho con esta premisa, la misma no tiene vocación de estructurar el argumento, pues si se entiende en el primer sentido, acabado de describir, por simple norma de exclusión no tiene aplicabilidad acá; si se entiende en el segundo sentido, tampoco, pues el Despacho confunde a los soldados voluntarios que fueron vinculados con la ley 131 de 1985 y que no tenían subsidio de familia, con los soldados profesionales, como mi poderdante que a pesar de haber ingresado a la institución con la vigencia del decreto 1794 de 2000, tiene el subsidio de familia con base en *el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000*, que son realmente ellos, con quienes se le pidió al Despacho la comparación.

PREMISA 4:

Dice el Despacho en la sentencia que:

En esa medida, la sentencia explicó que el marco legal del subsidio familiar al que tiene el derecho el actor es el contenido en el decreto 1161 de 2014, en tanto que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales se encuentran bajo el manto normativo del Decreto 1794 de 2000 y se consideró que “si bien es cierto, con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, con la expedición del Decreto 1161 de 2014 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales, motivo por el que el acto administrativo demandado que negó el reajuste de la partida de subsidio familiar tiene sustento en el Decreto 1161 de 2014, norma aplicable teniendo en cuenta la fecha en que se acredita el derecho, es decir en el año 2015, conforme se evidencia del contenido de la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y la orden administrativa de personal 2179 de 2015 (f. 35 y 40 archivo 23), motivo por el que en este aspecto, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la diferencia de trato alegada por el demandante y que se encuentra en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ante lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no resulta ser desproporcionado e inconstitucional ya porque se adecua al fin para el cual el subsidio fue creado, el cual es solventar económicamente a los trabajadores con menores salarios y con ello proteger a su familias y como

quiera que el demandante adquirió su derecho en vigencia de esta última norma resulta legal su aplicación y como consecuencia se negara esta pretensión.”

ANÁLISIS DE LA PREMISA 4:

Si la sentencia adicionada era desacertada, la sentencia aditiva es tanto o peor, pues además presente grados de confusión y contradicción que imposibilitan la pureza, la brillantez, la solidez, la limpieza del argumento que el Despacho esgrime para negar las pretensiones de la demanda, de forma específica con lo relacionado al subsidio de familia.

- Dice el Despacho que: *“la sentencia explicó que el marco legal del subsidio familiar al que tiene el derecho el actor es el contenido en el decreto 1161 de 2014, en tanto que los soldados voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales se encuentran bajo el manto normativo del Decreto 1794 de 2000”* con respecto a la anterior afirmación debemos manifestar lo siguiente: **1)**. Nada, pero absolutamente nada tiene que ver los soldados voluntarios con la cuestión que se le plantea en esta oportunidad al Despacho. El hecho de que los soldados *voluntarios que hicieron su transición a soldados profesionales se encuentran bajo el manto normativo del Decreto 1794 de 2000*, no justifica de por sí que el demandante no pueda acceder a dicho mando normativo. Entre otras cosas, porque no se le pidió que comparara a soldados profesionales con voluntarios en lo que tiene que ver con el subsidio de familia, y porque, no solo los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales tienen el subsidio de familia con base en el *Decreto 1794 de 2000*, sino que también los que no fueron voluntarios. Pues así lo reconoce el decreto 3770 de 2009. **2)**. La confusión que tiene el Despacho, es la siguiente: Confunde cuales son los soldados que se le pidió que comparara en la demanda en lo que tiene que ver con el subsidio de familia. Piensa que son únicamente los soldados que fueron voluntarios con mi poderdante que no lo fue. Lo que es incorrecto, aun cuando es procedente ya que todos tienen el subsidio de familia a partir del régimen del derecho 1794 de 2000. Es incorrecto porque también hay soldados profesionales, que lograron adquirir el subsidio de familia con base en el *Decreto 1794 de 2000*, antes de su derogatoria, que son estos los que se le pide que compare. **3)**. La contradicción se presenta, en la medida en que cita lo que dijo en la sentencia adicionada, y allí si habla de que *con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar*, es decir en aquella oportunidad entiende y habla de soldados profesionales, y en esta habla de voluntarios. Se contradice el Despacho, debido a su falta de precisión y claridad.

CONCLUSIÓN 2:

Dice el Despacho en la sentencia que:

Así las cosas, frente a la motivación expuesta respecto de la correcta aplicación de la normatividad jurídica en cuanto a la liquidación del subsidio familiar por la existencia de dos regímenes normativos diferentes, resulta que no es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad que se alega por el actor y menos la excepción de convencionalidad propuesta.

Al efecto, de lo expuesto tanto en la sentencia como en la presente providencia, se tiene que para esta Judicatura resulta claro que no se han violado los derechos a la igualdad y al trabajo reclamados por el actor en tanto los marcos normativos que

rigen la vinculación de los soldados profesionales y de los soldados voluntarios que hicieron paso a profesionales es diferente y en esa medida los actos administrativos demandados no son contrarios a la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que no es procedente la excepción de constitucionalidad y de convencionalidad reclamados en la demanda.”

ANÁLISIS DE LA CONCLUSIÓN 2:

De nuevo, al analizar la conclusión a la que llega el Despacho, vemos que la misma no se sigue de las premisas que ha venido desarrollando, diremos por tal razón que la conclusión que presenta el Despacho en el razonamiento, en esta oportunidad en la sentencia aditiva, está inmersa en una falacia que la lógica nos enseña con el nombre de **NON SEQUITUR**. En otras palabras, **LA CONCLUSIÓN DEL ARGUMENTO ES UNA FALACIA DE TIPO NON SEQUITUR**, por lo siguiente:

- Concluye lacónicamente el Despacho que: *“no es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad que se alega por el actor y menos la excepción de convencionalidad propuesta”* cuando ni siquiera ha hecho el más mínimo estudio de dichas figuras con relación al subsidio de familia. La falacia se configura por lo siguiente: **1)**. El Despacho para construir un argumento, obligación por el deber de motivación de la sentencia, debe fijar con absoluta claridad la premisa mayor de argumento. En este caso, debió identificar y señalar la norma jurídica, tanto en sede de control de constitucionalidad, como en sede de control de convencionalidad, que iba a estudiar y analizar, es decir la norma con vocación de ser aplicada a resolver la presente litis. Es importante señalarle al Despacho que es posible la utilización de cualquier método hermenéutico para la fijación de la regla a aplicar, incluso cuando para hallar dicha regla deba acudir al principio de ponderación o al de proporcionalidad. **2)**. Una vez lo anterior, el despacho debe verificar, los hechos probados y si estos son los jurídicamente relevantes de acuerdo a lo establecido en el supuesto hipotético de la regla fijada en la premisa mayor. **3)**. Hecho lo anterior, es que el Despacho queda habilitado para concluir si procede a extender los efectos jurídico de la norma fijada en la premisa mayor o procede a abstenerse a dicha acción **4)**. solo cuando lo anterior se ha cumplido se habla de un argumento válido, aun cuando materialmente no se correcto. En el presente caso, llegó a una conclusión sin haber fijado y delimitado la premisa mayor. Dijo que no procedía la excepción de inconstitucionalidad, se le pregunta al Despacho ¿Qué norma de la constitución analizó frente al subsidio de familia? El Artículo 13, el artículo 53 con el principio de favorabilidad y condición mas beneficiosa, como fue indicado en la demanda. O, analizó el artículo 48 de la Constitución, ¿invocado en la presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo? No tengo la respuesta, ya que ella brilla por su ausencia en la parte motiva de la sentencia, y aún así, el Despacho Concluye lacónicamente que: *“no es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad”* misma situación ocurre con la pretensión de la excepción de inconvencionalidad. Lo que evidentemente contaría la validez del argumento, situación más que suficiente para revocar el fallo.
- Igualmente concluye lacónicamente el Despacho que: *“se tiene que para esta Judicatura resulta claro que no se han violado los derechos a la igualdad y al trabajo*

reclamados por el actor en tanto los marcos normativos que rigen la vinculación de los soldados profesionales y de los soldados voluntarios que hicieron paso a profesionales es diferente y en esa medida los actos administrativos demandados no son contrarios a la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que no es procedente la excepción de constitucionalidad y de convencionalidad reclamados en la demanda” Diremos varias cosas con relación a esta conclusión: **1).** No sé cómo es el Despacho llega a dicha conclusión, pues de un lado no hizo ningún juicio de igualdad, de otro; los sujetos que pretende comparar, no son los que se le pidió que comparara, como lo dijimos antes en el presente recurso, ya que hasta en confusión incurre el Despacho con la figura de cada soldados, pues no se entiende de otra forma que aparezca en esta oportunidad los soldados que fueron voluntarios, cuando ni siquiera ellos tuvieron subsidio de familia. **2).** Siguiendo los lineamientos antes planteados, con relación a la estructura del argumento, es inaudito que el Despacho que no se ha violado el derecho del trabajo, cuando no ha hecho la menor mención y menos el menor análisis del contenido de dicho derecho y de su aplicación al presente caso. NO hay derecho a que se presente una argumentación tan errática en una sentencia judicial. Lo mínimo que demanda un argumento es que tenga validez, pero eso tan mínimo no se cumple en la presente sentencia.

Demostrado el error argumentativo del Despacho, tanto desde lo más elemental, esto es la validez del argumento, (motivación interna), como desde la corrección de las premisas frente al ordenamiento jurídico, y la falsedad de las mismas cuando se trata de hechos, le pedimos al honorable Tribunal Administrativo que proceda a revocar la sentencia, como quiera que lo que debió haber hecho el Despacho es lo siguiente:

3.3. CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Está probada la nulidad del acto administrativo que negó el reajuste del subsidio de familia con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, ya que el demandante cumple los supuestos facticos de la norma invocada.

DEMOSTRACION:

3.3.1. Estructura analítica del artículo 11 del decreto 1794 de 2000

Literalidad de la norma:

“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.”

	SUPUESTO DE HECHO	CONSECUENCIA JURÍDICA.
Elemento temporal	“A partir de la vigencia del presente Decreto”	
Elemento subjetivo	“el soldado profesional de las Fuerzas Militares”	
Primer Elemento hipotético	1. “casado”	“tendrá derecho al reconocimiento mensual de

Segundo Elemento hipotético	2. “o con unión marital de hecho vigente”	<i>un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad”</i>
------------------------------------	---	--

De esto se sigue, que para que el soldado profesional de las Fuerzas Militares, puede tener “derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad” deberá tener acreditado, de un lado: tener las condiciones de casado; o de otro: tener una *unión marital de hecho vigente*. Situación que huelga señalar al Despacho que el Demandante acreditó en el presente proceso.

3.3.2. Acreditación de los supuestos de hecho normativos por parte del demandante en el proceso

Bien, se tiene que está demostrado en el proceso que el demandante es soldado profesional de las fuerzas militares de Colombia, así lo determina la entidad en el certificado de tiempo expedido y que reposa en el expediente.

En lo que tiene que ver con los elementos hipotéticos de la norma, el demandante demostró y acreditó en debida forma, el segundo elemento, esto es la unión marital de hecho vigente, dentro del elemento temporal de la norma, esto es “A partir de la vigencia del presente Decreto”.

En el proceso quedó acreditado que el demandante celebró contrato de matrimonio el 17 de diciembre de 2010, con la señora Lucia Possos, solo basta mirar el registro civil de matrimonio que se encuentra en el expediente para comprobar lo afirmado.

Prueba a la que el Despacho le resta valor e ignora en el momento de la motivación de la sentencia, pues la pasa por alto. Omite su valoración y apreciación. Cercana su contenido.

3.4. CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la sentencia de **TENER POR PROBADO, SIN ESTARLO**, que la entidad demandada desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre el acto administrativo que negó el reconocimiento del reajuste del subsidio de familia y sobre el decreto 1161 de 2014, situación que comporta un desconocimiento del precedente constitucional aplicable al presente caso, contenido entre otras sentencias en las siguientes: C-038 de 2004; C-671 de 2002; C-931 de 2004; T-1318 de 2005 ; T-043 de 2007 ; T-273 de 2007 ; T-267 de 2006 y T-418 de 2007

DEMOSTRACIÓN:

Para efectos metodológicos del presente cargo, y en aras de dar la mayor claridad posible al Honorable Tribunal de lo que se le presenta, respetuosamente intentaré desarrollar el siguiente esquema, en aras de hacer lo mejor posible comprensible el cargo: 1). Un análisis descriptivo del concepto de presunción; 2). La parte que tiene el deber de desvirtuar la presunción; 3). Formas jurídicas reconocidas de desvirtuar una presunción; 4). Presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo demandado; 5). Fundamento jurídico de la presunción de inconstitucionalidad invocada en el presente caso; 6). *Prueba de los hechos*

que sirven de base a la presunción. Aplicación de la máxima *praesumptio de presunto no amittitur*; 7). Análisis de la actuación realizada por la entidad demandada con miras a desvirtuar dicha presunción; 8). Lo que debió hacer el Despacho en el caso *sub judice* y 9). Una conclusión. De esta manera proceso a exponer el cargo en los siguientes términos:

3.1.1.1. *Un análisis descriptivo del concepto de presunción;*

Para traer a colación al Despacho el concepto de la presunción, respetuosamente parto de la base de la doctrina, y finalizo con el concepto jurisprudencial adoptado en nuestro ordenamiento jurídico vigente: En la doctrina haré alusión a dos grandes maestros del derecho, un de nuestro terruño patrio y otro de la doctrina foránea:

“Etimológicamente se entiende por presunción (proesumere) suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos conste; en la selección de los trabajos de los juriconsultos clásicos romanos, hecha por en- cargo del emperador Justiniano, se encuentran ya fragmentos de los clásicos anteriores en los que la palabra proesumere se usa en el sentido de opinión, suposición o creencia; los compiladores los adicionaron en ocasiones, contraponiendo las voces proesumere y adprobare o pro-bare, con lo cual se le da ya el significado de una hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya por una prueba en contrario: proesumptum esse debet, nisi contrarium approbetur”²⁴

El insigne maestro en la obra citada trae a colación la definición que se ha presentado por otra parte de la doctrina probatoria en los siguientes términos:

“La presunción es un Juicio lógico del legislador o del juez (según sea presunción legal o judicial), en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo cuando es presunción judicial o de hombre) con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”²⁵

Desde la doctrina foránea, tenemos que las presunciones desde el punto de vista teórico tienen un alto nivel de desarrollo epistémico, que el permite al Juez, comprender y analizar la aplicación de las misma, para dejar el análisis, permítaseme traer a colación las siguientes palabras, del Maestro español, Aguiló:

“[...] Lo anterior apunta a lo siguiente: la función primaria que cumplen las normas de presunción no es tanto establecer una verdad material cuanto una verdad procesal, procedimental o dialéctica. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado un cierto hecho bajo ciertas circunstancias. Es decir, sin la noción de proceso, las normas de presunción carecen de sentido; cosa que no ocurría en el caso de las reglas de presunción teóricas. Por ello, lo que en las presunciones teóricas aparecía como secundario o derivado (el papel de las reglas de presunción como reglas de distribución de las cargas de la prueba) aparece aquí como primario, básico y común a todas las normas de presunción. Nótese que, si a la idea de proceso le añadimos el carácter contradictorio de los procesos jurídicos, es fácil ver por qué las normas de presunción, al establecer verdades procesales, siempre benefician a (facilitan las

²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio De La Prueba Judicial*. tomo ii. editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 303

²⁵ CARNELUTTI, *La prueba*, ed. cit., núm. 19, nota 158 y texto y núm. 47; FRAMARINO DE! MALATESTA, ob. cit., ps. 223-232; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ed. cit., ps. 181-208; MICHELI, *La carga de la prueba*, oo. cit., núm. 30; ELLERO, ob. cit., p. 217; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 46; LESSQNA, ob. cit., t. 1, núm. 145; RICCI, ob. cit., t. 1, núm. 34; SILVA MELERO, ob. cit., t. 1, ps. 111-120; SERRA Domínguez, Manuel, *Normas de presunción en el Código Civil*, Barcelona, 1963, ps. 5-37.

pretensiones de) una parte y perjudican a (dificultan las pretensiones de) la otra. El «deber» del juez se traduce en un «tener que probar» o un «no tener que probar» para las partes.

[...]

Con todo lo dicho hasta aquí pueden formularse, me parece, algunas tesis generales respecto de las normas de presunción. Algunas de ellas deberán matizarse después, una vez que hayamos introducido algunas distinciones dentro de las normas de presunción. 1. Las normas de presunción operan estrictamente como tales en el ámbito del razonamiento práctico de sus destinatarios; y éstos son sujetos llamados a actuar en algún sentido. 2. Ello no obsta para que un sujeto que no es destinatario de la norma pueda usarla y aceptarla como garantía (premisa) de un razonamiento teórico. 3. Sin la noción de proceso decisorio, las normas de presunción carecen de sentido; cosa que no ocurre con las reglas de presunción meramente teóricas. 4. El sentido de las normas de presunción es establecer una verdad procesal (o una verdad en el proceso); es decir, obligan al juez, bajo ciertas circunstancias, a tomar como probado o no probado un hecho. Constituyen, por tanto, puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio. 5. Las verdades procesales (en el proceso) son derrotables, vencibles.

En los procesos contradictorios, los deberes del juez relativos a las verdades procesales se traducen en un «no tener que probar» o en un «tener que probar» para las partes en conflicto; es decir, en beneficios y cargas procesales. En este sentido, siempre benefician (facilitan) las pretensiones de una parte y perjudican (dificultan) las pretensiones de la otra. Por ello, siempre y necesariamente tienen una dimensión de distribución y carga de la prueba y/o de la argumentación. 7. La relación entre la verdad procesal establecida por una norma de presunción y la probabilidad de la verdad material del hecho presunto es contingente, es decir, no es necesaria; en consecuencia, la obligación de aceptar una verdad procesal no depende de la aceptación de una cierta probabilidad de verdad en sentido material.

[...]

De todo lo dicho en este apartado pueden formularse algunas tesis relativas a las normas basadas en una presunción.

1. Hay normas (muchísimas normas) que no son normas de presunción, es decir, que no están formuladas (ni se ganaría nada formulándolas) con un «se presumirá o deberá presumirse» y que, sin embargo, bien puede decirse que están basadas en (o que a ellas subyace) un «es presumible» teórico aceptado por el legislador. Es decir, que el legislador hizo una presunción, pero no dictó una norma de presunción.

2. Las situaciones que los juristas llaman presunciones iuris et de iure se caracterizan por la concurrencia de dos notas: a) los juristas interpretan que en el dictado de la norma el legislador ha asumido un «es presumible» teórico; y b) que el legislador ha prohibido la prueba en contra del hecho presunto, es decir, la derrotabilidad de la presunción.

*3. Sin embargo, estas normas no obligan al destinatario de las mismas a presumir ninguna verdad procesal (verdad en el proceso); **sólo le obligan a aplicar las consecuencias jurídicas derivadas de la ocurrencia de ciertos hechos.***

4. Tratar a estas normas como normas de presunción trae consigo un sinfín de problemas conceptuales, porque la idea de una verdad procesal (en el proceso) no derrotable tiene algo de contradictorio o paradójico.

5. El sentido preciso de este tipo de normas es negar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas y, por ello, en términos conceptuales hay que oponerlas a (en lugar de confundirlas con) las normas de presunción. Las normas

de presunción imponen una verdad procesal (en el proceso) vencible; por el contrario, estas normas sustraen la cuestión objeto de las mismas del ámbito de la verdad material y/o del ámbito del proceso.

6. Hay rastros de esencialismo en el uso que los juristas hacen de las presunciones iuris et de iure, pues supone creer que hay cuestiones que en «esencia» o «por naturaleza» pertenecerían a la quaestio facti (a la premisa fáctica) y no a la quaestio iuris (a la premisa normativa) y que la intervención del legislador invirtiendo estos términos tendría algo de acto «contra natura». En mi opinión, en estas decisiones del legislador no hay nada esencialmente incorrecto o deficitario, de donde no se sigue, por cierto, que siempre estén justificadas.

7. La categoría de normas de presunción iuris et de iure es perfectamente prescindible en términos teóricos. Todas las situaciones que los juristas califican como presunciones iuris et de iure son susceptibles de recibir una explicación teórica alternativa más potente y clara que la de tratarlas como normas de presunción”²⁶

Finalmente, con relación a tal figura probatorio, nuestra Honorable Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

La presunción resulta de lo que regular y ordinariamente sucede -praesumptio simitur ex eo quod plerumque fit-. Es decir, que en la presunción siempre hay una consecuencia que establece la ley, o en su caso, el juez, a partir de la observación de lo que comúnmente sucede y que permite prever unas mismas consecuencias de unos mismos hechos o actitudes semejantes de iguales situaciones. De ahí que se afirme -con razón- que la fuerza de la presunción dependa de la certeza del hecho conocido y de su relación con el desconocido.

Por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto.”²⁷

3.1.1.2. La parte que tiene el deber de desvirtuar la presunción;

Como es sabido, y sobra advertirlo al Tribunal, a excepción de las presunciones *iuris et de iure* es la única que no admite prueba en contrario. Dicha presunción no es invocada en esta oportunidad, por lo tanto, la que se invoca admite prueba en contrario.

Claro, debe ser para el Despacho, que la presunción que se invoca tiene la posibilidad de ser desvirtuada, es decir que admite que haya actividad probatoria a fin de que se desvirtúe el hecho presumido, ante esa situación importante es analiza las posibilidades jurídicas que se presentan en las presunciones, de la mano de la doctrina cualificada:

²⁶ Cf. AGUILÓ, Josep: *Sobre Derecho y argumentación*, Leonard Muntaner, Palma de Mallorca

²⁷ Sentencia C-374/02

“Varios son los conceptos sobre este punto:

1 ") Unos creen que las presunciones legales trasladan o invierten la carga de la prueba, porque en vez de pesar sobre la parte a quien debía corresponder de acuerdo con la regla general, la imponen a la parte contraria, pero creemos que ésta tiene la carga de probar un hecho diferente que alega a su favor (el contrario al presumido), de manera que en realidad no existe ninguna inversión ni traslado de la carga.

2°) Otros consideran que con ellas se cumple la carga de probar y que, por lo tanto, son sucedáneos o sustitutos de la prueba 549; pero ya hemos visto que la presunción no prueba, sino que hace innecesaria la prueba.

3°) Otros opinan que las presunciones iuris tantum e iuris el de iure liberan o dispensan o eximen o alivian de la carga de probar a la parte favorecida con ellas; este concepto elimina la idea del traslado o la inversión y la de sucedáneos de prueba, con lo cual se avanza notablemente en su estructuración.

4°) También se habla de que hacen superflua o innecesaria la prueba, lo que en el fondo equivale a liberar o dispensar de ella.

5°) Por último, algunos prefieren decir que simplifican el presupuesto de hecho de la norma sustancial, porque eliminan de éste el hecho presumido.

Creemos que los tres últimos conceptos son correctos y que armonizan perfectamente. Como estas presunciones son normas que regulan situaciones jurídicas sustanciales, razón tienen Micheli y Liebman cuando dicen que al suprimir el hecho presumido del presupuesto fáctico para que tales efectos se produzcan, 10 simplifican y delimitan, por lo cual no hay ninguna inversión ni un traslado de la carga, ni son excepciones a la regla general sobre ésta, sino su aplicación normal. (véase núm. 112). Pero también es cierto que, como lo observa Rosenberg, hacen superflua o innecesaria la prueba de ese hecho, e indudablemente lo anterior se traduce en una liberación, dispensa o exención de prueba, como afirman Hedemann, Alsina y Rocha; por ese motivo la prueba que se pida para demostrar el hecho presumido es redundante e inútil y el juez debe rechazarla de plano si implica tiempo y trabajo (véase núm. 81, d).”²⁸

De una lectura de lo anterior podemos entender lo siguiente: De un lado, la presunción invocada por el extremo demandante en la presente oportunidad, exige de probar el supuesto fáctico (el acto administrativo es contrario de la constitución) ya sea porque tal probanza es *innecesaria* o porque el hecho presumido es eliminado del supuesto hipotético dando lo por cierto; de otro que, es la entidad demandada quien tiene la carga de probar que el hecho presumido no se configura, ya que es una presunción que admite prueba en contrario.

En conclusión, es la entidad demandada quien tiene la carga de probar que no se estructura el hecho presumido por el ordenamiento, en este caso, la presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo demandado en nulidad, o en excepción de inconstitucionalidad.

3.1.1.3. Formas jurídicas reconocidas de desvirtuar una presunción;

Diremos que básicamente la presunción se desvirtúa por la parte que tiene el deber de dos formas; de un lado, la prueba del hecho contrario al hecho presumido; de otro lado, la

²⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio De La Prueba Judicial*. tomo ii. editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 311-312

justificación argumentativa que permita concluir que la presunción abstracta no se configura, como en el caso que nos ocupa.

Ejemplo de la primera forma: Si miramos una de las presunciones del artículo 13 del Código de comercio podemos analizar mejor lo que se acaba de decir:

“ARTÍCULO 13. <PRESUNCIÓN DE ESTAR EJERCIENDO EL COMERCIO>. Para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos:

1) *Cuando se halle inscrita en el registro mercantil”*

De esta presunción se sigue que, si una persona se encuentra inscrita en el registro mercantil, entonces, debe presumirse que ejerce el comercio. Como no es una presunción iure et de iure, admite prueba en contrario, y la parte contra la que se alega dicha presunción, puede desvirtuarla probando el hecho contrario, esto es: probar que a pesar de que esta inscrito en el registro mercantil no ejerce la actividad comercial, por x razón, ejemplo está invalido o internado en un sanatorio mental, lo que implica probar un hecho de la vida real, por cualquier medio de prueba legamente permitido, desde la documental hasta el testimonio.

Ejemplo de la segunda forma: La presunción de legalidad del acto administrativo contenida en la ley 1434 de 2011. Si bien esta presunción se puede desvirtuar por medio de la prueba de hechos contrarios a los señalados en el acto administrativo, por ejemplo, con la falsa motivación, también lo es que se puede desvirtuar la presunción del acto, por la sola carga argumentativa, que permite en el caso de los análisis de mero derecho, que se desvirtúe tal presunción. Sería el caso, de la presunción de legalidad de un acto administrativo demandando por la vía de la *violación de las normas en que debería fundarse*, porque por ejemplo interpretó la norma de forma contraria al principio pro operario. Véase que no se necesita de probar un hecho concreto y objetivo de la vida real. Lo que se necesita para desvirtuar la presunción es una carga argumentativa que tenga la capacidad de demostrar que el acto administrativo contrario preceptos normativos superiores, en el plano del escenario del *puro derecho* o del análisis objetivo, sin que ello implique tener que probar un hecho concreto por algún medio probatorio específico.

Como veremos más adelante, la actuación de la entidad demandada dentro del proceso, en ningún momento, desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad del acto demandado y del decreto 1161 del 2014, ni porque probó un hecho contrario, ni por la carga argumentativa de demostrar el acierto de tal norma a luz de la Constitución.

3.1.1.4. *Presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo demandado;*

A partir de la lectura del precedente constitucional relacionado con el mandato de progresividad de los derechos prestacionales contenido en el artículo 48 de la Constitución, se puede extraer que dichos derechos en principio solo pueden ser modificados en procura de ser mejorados, pues eso lo ordena el mandato de progresividad.

Si embargo, dichos derechos no son pétreos en el tiempo, lo que conlleva a que sean modificables, de forma regresiva, contrario al mandato de progresividad, sin embargo, dicha modificación regresiva, se presume, en principio, inconstitucional. De ahí que se cómo estructura analítica de dicha presunción, se pueda formular la siguiente regla:

TODA REFORMA REGRESIVA DE DERECHOS PRESTACIONALES, SE PRESUME, PRIMA FACIE, CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN (INCONSTITUCIONAL) HASTA QUE NO SE DEMUESTRE LO CONTRARIO, YA QUE NO ES UN PRESUNCIÓN IURIS ET DE IURE.

3.1.1.5. Fundamento jurídico de la presunción de inconstitucionalidad invocada en el presente caso;

Es necesario presentarle al Honorable Tribunal Administrativo, el fundamento jurídico de la presunción que se invoca con la finalidad de demostrar que no se trata de una simple y llana interpretación del recurrente, sino que existe un fundamento jurídico sólido, en el precedente constitucional, y que en varias oportunidades tiene la condición de cosa juzgada constitucional, dado que es producto de análisis en sede abstracta de constitucionalidad; y en otras, producto del análisis del control concreto de protección de derechos fundamentales. Por cualquiera de las dos vías, es precedente constitucional que el Despacho Desconoce en la sentencia, si el más mínimo grado de motivación.

Tenemos entonces que 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.»

A su vez, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos tenemos en el artículo 26, lo siguiente:

“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.”

A nivel interno de nuestra Constitución, tenemos que ella en su artículo 48 señala sin posibilidad de duda lo siguiente:

“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.”

La Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC señala textualmente: "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9.

Otras observaciones generales del comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aplican estas nociones al análisis concreto de derechos contenidos en el pacto; así entre otras la Observación general 4 (El derecho a un vivienda adecuada) párr. 11, la Observación general 12 (El derecho a una alimentación adecuada), párr. 19, la Observación general 13 (el derecho a la educación), párr. 45y 59; la Observación general 14 (el derecho al disfrute del más amplio nivel posible en salud) párr. 32,48 y 50; la Observación general 15 (El derecho al agua), párr. 19, 21 y 42. Por su parte el artículo 5.1 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 de Protocolo de San Salvador', aprobadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en el 2005, define la noción de progresividad del siguiente modo a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de un derecho económico social y cultural",

Sobre el alcance del principio de progresividad la jurisprudencia constitucional ha precisado que se trata de un mandato con dos contenidos complementarios, que explica de la siguiente manera:

"la amplia libertad de configuración de/legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto; todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad"²⁹

Origen de la presunción de inconstitucionalidad

En la sentencia C-671 de 2002 la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 "por el cual se estructura el Sistema de Salud de/as Fuerzas Militares y de/a Policía Nacional", se acusaba esta norma de inconstitucional por cuanto excluía como beneficiarios del Sistema de Salud a los padres de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se encontraran retirados, población que en la legislación anterior estaba vinculada al sistema.

Al momento de analizar la norma demandada, la Corte constató que dicha legislación perseguía un fin legítimo desde la perspectiva constitucional, consistente en proteger la viabilidad financiera de este sistema especial de salud, empero consideró que dicha medida era regresiva, por cuanto implicaba dejar desprotegido a un grupo poblacional que bajo el régimen anterior gozaba de los beneficios del sistema.

A causa de esta regresividad, la Corte indicó que este tipo de medidas deben presumirse inconstitucionales. Sin embargo, esta presunción podía ser desvirtuada, para lo cual era necesario acreditar dos requisitos:

- (i) cuando tratándose de razones imperiosas, resulte absolutamente necesario ese paso regresivo en un derecho social, siendo en tal sentido justificada su adopción y
- (ii) (ii) la aplicación de la medida regresiva no se muestro desproporcionada para las personas afectadas.

²⁹ Sentencia C-038 de 2004

Desde esta perspectiva esta Corporación concluyó que si bien la norma acusada pretendía alcanzar un fin legítimo, como era proteger la especialidad y viabilidad financiera del sistema de salud de la Fuerza Pública a través de la exclusión de un grupo poblacional de su cobertura, dicha medida era desproporcionada porque implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud de esta población. En consecuencia, se declaró su constitucionalidad condicionada.

En su tenor literal dice la Honorable Corte Constitucional:

*“el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: **TODO RETROCESO FRENTE AL NIVEL DE PROTECCIÓN ALCANZADO DEBE PRESUMIRSE EN PRINCIPIO INCONSTITUCIONAL**, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”³⁰*

La sentencia C-931 de 2004, analizó la constitucionalidad de la ley anual de presupuesto para el 2004.

En esta ocasión Honorable Corte Constitucional, entre otros aspectos, estudió la constitucionalidad de la norma que dejaba de reajustar las transferencias a favor de las universidades públicas. En su análisis, la Corte señaló que de las normas constitucionales no se derivaba una obligación a cargo del Estado de actualizar los recursos financieros de estos centros educativos. Sin embargo, la ley, la jurisprudencia y los tratados de derecho internacional ratificados por Colombia e integrados al ordenamiento vía bloque de constitucionalidad, han reconocido el acceso a la educación como derecho social, lo que obligaba a su desarrollo progresivo, por lo tanto la Corte advirtió que la disposición examinada resultaba prima facie inconstitucional, como quiera que introducía un retroceso en un derecho social debido a que el congelamiento de los recursos otorgados a las instituciones públicas de educación superior obligaba limitar el acceso a este nivel de educación. En atención a lo anterior, la corte procedió a realizar un juicio de proporcionalidad que determinara si la medida regresiva se encontraba justificada por la necesidad de obtener un objetivo imperioso constitucionalmente válido, y si, además, era razonable y proporcionada, el cual condujo nuevamente a una declaratoria de constitucionalidad condicionada de la disposición acusada.

En la sentencia C-991 de 2004 se examinó la constitucionalidad de la Ley 812 de 2002, que fijaba un límite temporal a la protección laboral reforzada, dentro de procesos de renovación de la administración pública, a favor de sujetos de especial protección constitucional, esto es, madres y padres cabeza de familia y discapacitados (personas con limitación física, mental, visual o auditiva), la norma era acusada de implicar una regresión en la protección, en tanto la legislación anterior sobre el tema, esto es, el artículo 12 de la ley 790 de 2002, no incorporaba este límite temporal. La medida fue declarada inexecutable, por cuanto afectaba en alto grado la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial

³⁰ Énfasis nuestro.

protección constitucional. Por lo tanto, fue declarada la inexecutable de la norma acusada.

También en materia de tutela se ha reiterado el alcance del principio de progresividad, así en la sentencia T-1318 de 2005 se declaró contraria a este principio la actuación del municipio de Palmira que había reducido el monto de los subsidios otorgados a los beneficiarios de un proyecto de vivienda de interés social alegando incapacidad financiera la Sala séptima de revisión constató que la reducción de los subsidios para el acceso a la vivienda de interés social constituye una medida regresiva en el derecho social a una vivienda digna.

En la sentencia T-043 de 2007 se ordenó la inaplicación de las disposiciones de la Ley 860 de 2003 que establecían condiciones más gravosas para el acceso a la pensión de invalidez frente a los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 por considerarlas contrarias al principio de progresividad.

Igualmente, en numerosos fallos de tutela relacionadas con menores que habla sido excluidos de la educación pública financiada con los recursos del sistema general de participaciones, en razón de su edad el mandato de progresividad en los derechos económicos, sociales y culturales ha sido un elemento relevante para decidir los diferentes casos, al respecto puede consultarse la sentencia T-273 de 2007. Por ser contrarias al principio de progresividad también se ha ordenado la inaplicación de disposiciones reglamentarias que excluían de la calidad de beneficiarios de seguridad social en salud a los padres de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ver sentencias T-267 de 2006 y T-418 de 2007.

En una de tantas oportunidades la Honorable Corte Constitucional, dijo que:

*“El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como **una prohibición prima facie**. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”*³¹Sentencia C-038 de 2004

Posteriormente siguiendo dicha línea de interpretación del mandato de progresividad dijo:

“El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial

³¹ Énfasis del texto original.

de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción. El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: **TODO RETROCESO FRENTE AL NIVEL DE PROTECCIÓN ALCANZADO DEBE PRESUMIRSE EN PRINCIPIO INCONSTITUCIONAL**, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”.³² C- 1141 de 2008

Recientemente tenemos las siguientes palabras:

“Del mismo modo la jurisprudencia constitucional estableció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe prima **FACIE LA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE TODO RETROCESO** y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de estos derechos”³³
Sentencia C-228/11

En precedente de mas cercanía se reitera lo señalado en el anterior precedente, con la connotación que es una reiteración que tiene la condición de ser cosa juzgada constitución y los efectos que ello implica dentro del ordenamiento jurídico, pues es realizado en una sentencia de constitucionalidad, que entre otras cosas era obligatoria su aplicación, pero el Despacho se sustrajo de ello. Dice textualmente:

“El respeto del principio de progresividad, que conlleva la regla de no regresividad ha sido parámetro de constitucionalidad, al igual que un elemento de análisis al verificar la violación de derechos constitucionales, principalmente alrededor de los derechos a la seguridad social, al medio ambiente, a la vivienda, a la salud y al trabajo. El desarrollo de este principio en conjunto con la regla de no regresividad es diferente respecto de cada derecho. No obstante, **LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL MISMO HA DETERMINADO CIERTAS REGLAS GENERALES**, a saber: (i) **LAS MEDIDAS QUE CONSTITUYAN UN RETROCESO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES SON PRIMA FACIE INCONSTITUCIONALE**³⁴; (ii) la libre configuración del Legislador

³² Énfasis propio.

³³ Énfasis propio.

³⁴ Se trascribe la cita de la Corte: “Un segundo momento relevante en la jurisprudencia constitucional en la evolución del principio de progresividad, puede asociarse a un conjunto de decisiones en las que se estableció que diversas medidas, que reflejaban un retroceso en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales se presumían inconstitucionales. Esta postura, aún vigente, se desarrolló con especial claridad en la Sentencia C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En esa decisión, la Corte Constitucional analizó una reforma al Código Sustantivo del Trabajo, destinada a reducir los costos del contrato laboral, especialmente, en lo relacionado con la remuneración por trabajo extra o trabajo nocturno. Por ejemplo, en la reforma se extendió la jornada diurna hasta las 10 de la noche.

Al estudiar la norma, esta Corporación señaló que las medidas que constituyan **un retroceso en la protección de los derechos sociales son prima facie inconstitucionales**. Preciso que de acuerdo con la Observación General No. 3 del Comité DESC, las disposiciones deliberadamente retroactivas deben ser plenamente justificadas por parte del Estado. Y puntualizó que, de conformidad con la Observación No. 14 sobre el

se reduce en materia de estos derechos, en tanto que cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, **tiene el deber de justificación** conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración; (iii) **LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD TAMBIÉN ES APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN**; (iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos; y (v) en relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente “(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados” **Sentencia C-046/18**

Esto es solo una parte de todo el precedente de la Honorable Corte Constitucional que establece la presunción de inconstitucionalidad invocada en el presente caso, y que, por cuestiones de práctica, no se procede a citar, pues el Honorable Tribunal Administrativo es conocedor del mismo. Así queda demostrado el origen, existencia y los instrumentos jurídicos que contiene tal presunción.

Ahora, para hacer mas entendible y demostrar que la presunción de inconstitucionalidad se aplica al subsidio de familia, traigamos a colación las palabras del Honorable Consejo de Estado, en la sentencia relacionada con el subsidio de familia de los soldados profesionales donde acoge tal presunción.

“Para la Sala es claro que los soldados profesionales tuvieron reconocido el derecho objetivo al subsidio familiar por razón o con ocasión de la previsión contenida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y que contrario a lo dicho por las entidades demandadas en sus escritos de defensa, este derecho fue revertido, eliminado y suprimido por virtud de lo normado en el artículo 1 del Decreto 3770 de 2009, acto posterior que al derogar la disposición que lo reconocía cesó por completo su vigencia al expulsarla del ordenamiento jurídico.

*Salta a la vista entonces que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009, en la medida en que desalojan del universo jurídico el derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales, constituyen per se un retroceso. **SE TRATA DE NORMAS REGRESIVAS QUE AFECTAN EL DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE ESTOS INTEGRANTES DE LAS FUERZAS MILITARES, Y POR TANTO, DEBEN SER CONSIDERADAS COMO INCONSTITUCIONALES PRIMA FACIE.**³⁵*

Ahora bien, dado que la sala ha considerado que las normas contenidas en el Decreto 3770 de 2009 se presumen afectadas de invalidez dado su carácter regresivo al no simplemente tornar nugatorio el derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales, sino al erradicarlo por completo y privar a un grupo poblacional de trabajadores del Estado de cualquier posibilidad de goce; se hace necesario realizar un escrutinio más riguroso respecto de la razonabilidad, legitimidad y proporcionalidad de la medida.”³⁶

derecho a la salud del mismo Comité, corresponde al Estado demostrar que las medidas regresivas se aplican “tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

³⁵ Énfasis fuera del original.

³⁶ sentencia Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Llama la atención poderosamente el análisis que hace el Honorable Consejo de Estado, en esta oportunidad, en donde reconoce que no solo es presumible por inconstitucional la reforma que elimina un derecho prestacional, sino también la reforma que lo *simplemente torna nugatorio el derecho objetivo*, como es el caso que nos ocupa.

3.1.1.6. Prueba de los hechos que sirven de base a la presunción. Aplicación de la máxima praesumptio de presunto no amittitur

La estructura analítica de la presunción, enseña que siempre hay dos hechos. Un primer hecho tiene que ver con el hecho base de la presunción, que debe estar acreditado en el proceso por cualquiera de los medios probatorios o instituciones probatorios contenidas en el código.

Un segundo hecho, es el hecho que se presume, y que en algunas oportunidades no admite prueba en contrario, y en la mayoría sí. Si no se probó lo contrario, entonces se debe tener como cierto el hecho presunto, siempre que esté acreditado el hecho base de la presunción.

Así las cosas, se nos hace imperioso un análisis de los hechos de base que están acreditados en el proceso, ya sea porque son aceptados o porque son notorios y no requieren prueba. Antes de ese análisis, traigamos a colación la presunción, para de ahí extraer cual es el hecho base que debe estar acreditado y cual es el hecho presumido:

TODA REFORMA REGRESIVA DE DERECHOS PRESTACIONALES, SE PRESUME, PRIMA FACIE, CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN (INCONSTITUCIONAL) HASTA QUE NO SE DEMUESTRE LO CONTRARIO, YA QUE NO ES UN PRESUNCIÓN IURIS ET DE IURE.

HECHO BASE	HECHO PRESUMIDO
<u>TODA REFORMA REGRESIVA DE DERECHOS PRESTACIONALES</u>	<u>SE PRESUME, PRIMA FACIE, CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN (INCONSTITUCIONAL)</u>

Como hecho base, en el proceso está acreditado lo siguiente:

ACREDITACIÓN DEL HECHO BASE DE LA PRESUNCIÓN
<p>En el proceso esta acreditado, ya porque es un hecho notorio, ya porque las partes no lo discuten, ya porque el mismo Despacho así lo entiende lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> <u>LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSIDIO DE FAMILIA</u> para los soldados profesionales: La sentencia Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, lo define como: <i>“El subsidio familiar se considera como una prestación propia del régimen de seguridad social. La Corte Constitucional en Sentencia C-508 de 1997, puso de presente que, de acuerdo con su desarrollo legislativo, en Colombia, el subsidio familiar se puede definir como una prestación social legal de carácter laboral y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. (...) Sin</i>

embargo, las consideraciones efectuadas respecto de la naturaleza, principios, teleología, propósito y objetivos que persigue esta prestación social desde su creación hasta nuestros tiempos son perfectamente observables y atendibles tratándose de analizar su alcance frente a su reconocimiento para con estos servidores públicos del Estado”

2. **QUE EL GOBIERNO NACIONAL CREÓ UN SUBSIDIO DE FAMILIA PARA LOS SOLDADOS** por medio del decreto 1794 de 2000, que se liquida así: **“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.”*
3. **QUE DICHO SUBSIDIO DE FAMILIA FUE DEROGADO POR EL DECRETO 3770 DE 2009:** **“ARTÍCULO 2°.** El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del. Decreto 1794 de 2000,”
4. **QUE EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO DECLARÓ LA NULIDAD DEL DECRETO 3770 DE 2009,** por medio de la sentencia Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS: : **“FALLA: DECLARAR,** con efectos *ex tunc*, la nulidad total del decreto 3770 de 2009, por medio del cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones, expedido por el gobierno nacional.”
5. **EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, EN DESARROLLO DE LAS NORMAS GENERALES SEÑALADAS EN LAS LEYES 4º DE 1992 Y 923 DE 2004, PROMULGÓ EL DECRETO 1161 DE 2014.**
6. **QUE DICHO DECRETO SEÑALA:** **“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.”
7. **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES**

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). **EN AUTO QUE NO ACCEDIÓ A LA ADICIÓN Y ACLARACIÓN DIJO QUE:** “La declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en **el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000**, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando **fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014**, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.”

8. La norma subrogatoria, esto es el decreto 1161 de 2014, del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, introduce una modificación al derecho prestacional del subsidio de familia, pero dicha modificación es regresiva, pues el contenido económico introducido es inferior al contenido económico que recibe el soldado por dicho concepto cuando es liquidado con base en lo señalado en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.
9. Que el acto administrativo reconoció el subsidio de familia del demandante es proferido bajo la vigencia y de acuerdo a lo señalado en el decreto 1161 de 2014, es decir, con base en el decreto que introduce la reforma regresiva.
10. Que el demandante pidió que se le reconociera el subsidio de familia, el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, y dicho reconocimiento fue negado.

Siguiendo con la línea de argumentación propuesta, es importante que ahora pasar a señalar cual es el hecho que se presume, y que el Despacho desconoció:

HECHO PRESUMIDO

SE PRESUME, PRIMA FACIE, CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN (INCONSTITUCIONAL)

3.1.1.7. Análisis de la actuación realizada por la entidad demandada con miras a desvirtuar dicha presunción;

Como ya se dijo la presunción invocada tiene la condición de admitir prueba en contrario, es del caso entonces hacer un análisis de la actuación que tuvo la entidad demandada a lo largo del proceso con la finalidad de desvirtuar tal presunción, ya sea porque probó un hecho contrario al presumido, ya sea porque con la carga argumentativo demostró el acierto del acto administrativo frente al mandato de progresividad.

Si bien es cierto que la entidad contestó la demanda, también es cierto, que nada dijo con relación a la viabilidad del reconocimiento del subsidio de familia, ni siquiera como argumentos de defensa presentó alguno que defendiera la legalidad del acto administrativo. Tampoco presentó argumento alguno con el objetivo de desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre el acto enjuiciado y sobre el decreto 1161 de 2014 que permita concluir que dicho acto, a pesar que se fundamenta en una norma regresiva, no es violatorio del principio de progresividad, o, en otras palabras, desvirtuar la presunción señalada.

Ante dicha pasividad, teniendo la carga de desvirtuar la presunción, al Despacho no le quedaba más remedio que proceder a tener como probado, el hecho presumido, esto es, que el acto demandado que esta fundamentado en el decreto 1161 de 2014, se presume inconstitucional, por ser contrario al mandato de progresividad, y proceder a inaplicarlos por la vía de la excepción de inconstitucionalidad.

Huelga decir, que la carga de probar dicha presunción la tiene la entidad demandada, y no, el Despacho, pues en la actividad probatorio es neutro, razón por la cual, si la entidad demandada no satisface dicha carga, el despacho no puede suplir la inactividad procesal de la entidad, para darla por cierta sin estarla, o para inclinar el proceso a favor de la entidad, rompiendo el “principio de igualdad de armas”, propio del derecho fundamental a la igualdad.

3.1.1.8. Lo que debió hacer el Despacho en el caso sub judice

EL Despacho en la providencia debió verificar y motivar la existencia de la presunción de inconstitucionalidad, lo que implica acatar el precedente constitucional que contiene tal presunción. Para dar a conocer la argumentación por medio de la cual el Despacho o se aparta o entiende que se aplica la presunción.

Una vez verificada la existencia de la presunción, la falta de justificación de la entidad demandada para desvirtuarla, debió proceder a lo siguiente:

1. Declarar la presunción de inconstitucionalidad del acto demandando y del decreto en el cual se fundamenta dicho acto administrativo.
2. Debió proceder a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, aplicando el artículo 4 de la constitución, y en su lugar inaplicar el acto demandado.
3. Preceder a aplicar la constitución directamente, por la vía del artículo 48, y reconocer a título de restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago del subsidio de familia al demandante con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

3.1.1.9. A modo de conclusión:

El acto administrativo demandado debió ser inaplicado, por la vía de la excepción de inconstitucionalidad que fue invocada de forma subsidiaria en las pretensiones de la demanda, como quiera que existe una presunción de inconstitucionalidad sobre él, y que no fue desvirtuada por la entidad demanda a lo largo de su actividad probatoria y argumentativa dentro del proceso.

La excepción de inconstitucionalidad presentada, y la inaplicación del acto, se torna legítimas y realizables en el presente proceso, incluso si el demandante no reúne los presupuestos del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, pues en cuyo caso se debe es declarar la nulidad, y la que estaría a llamar es la pretensión principal y no la subsidiara, pues en tal evento se desvirtúa la presunción de legalidad que pesa sobre el mismo.

3.6. CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la sentencia de ser totalmente contraria al artículo 53 de la constitución en lo que tiene que ver con el principio de favorabilidad

DEMOSTRACIÓN:

El Despacho ignora lo que se le pidió en la demanda con relación a la inaplicación del acto administrativo por ser violatorio de la Constitución Política, de manera especial, en lo que tiene que ver con el principio de favorabilidad y el “in dubio pro operario”.

Si el Honorable Tribunal Administrativo no acepta la interpretación del Consejo de Estado, expuesta en el auto³⁷ antes referido, según la cual el decreto 1161 del 2014, subrogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, entonces se hace necesario un análisis sobre el principio de favorabilidad, ya que estarían vigentes los dos decretos, en cuyo caso, de debe aplicar el más favorable al derecho del demandante.

Incluso, yendo más lejos, y presentando otra interpretación al Honorable Tribunal, también tiene derecho el Demandante al reconocimiento del subsidio de familia, tal tesis sería la siguiente:

Como el último acto jurídico en la línea de tiempo es la sentencia **Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010** Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS: : ***FALLA: DECLARAR, con efectos ex tunc, la nulidad total del decreto 3770 de 2009, por medio del cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones, expedido por el gobierno nacional.*** Este sería el momento exacto en que revivió el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, razón por la cual se puede entender que automáticamente deroga todo lo que lo contrarie, interpretación que haría palmaria la nulidad del acto administrativo.

Cualquiera de las tres interpretaciones posibles sobre la vigencia en el tiempo del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, analizada a la luz del principio de favorabilidad, permite concluir con un grado de certeza definido que el demandante tiene derecho al reconocimiento del subsidio de familia que demandan es esta oportunidad. Tal omisión del Despacho, contraria por inacción los principios constitucionales aplicables al presente caso.

3.7. CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la sentencia de ser totalmente contraria al artículo 13 de la constitución en lo que tiene que ver con el principio y derecho fundamental a la igualdad

DEMOSTRACIÓN:

³⁷ **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES** Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). **EN AUTO QUE NO ACCEDIÓ A LA ADICIÓN Y ACLARACIÓN DIJO QUE:** “*La declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.*”

En la demanda también se le pidió al Despacho un análisis de la realidad que vive mi poderdante frente a otros soldados profesionales que tienen el derecho del subsidio de familia reconocido en mejores condiciones que él. Dicho análisis fue rogado al Despacho, sin embargo, este ignoró la demanda, con base en el derecho fundamental a la igualdad.

En cumplimiento de lo señalado en el precedente constitucional³⁸, T-079/95: “[e]l afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación” este apoderado le manifestó al Despacho en la demanda lo siguiente:

“manifestarle al despacho, que, en la actualidad, dentro de la institución, existe un grupo de soldados que se encienden devengando del subsidio de familia con base en el decreto 1794 de 2000, y que reciben por su pago alrededor de 700.000 pesos mensuales. Así mismo, existe otro grupo que se encuentra devengando un subsidio de familia con base en el decreto 1161 de 2014, y que reciben por su pago alrededor de 300.000 pesos mensuales. Como a simple vista se puede ver, y como lo puede observar el despacho en los desprendibles de pago de las personas que aquí demandan, existe una desigualdad, injustificada, que supera el 50% del subsidio de familia. Hecho este que genera un absoluto estado de discriminación para los derechos de los soldados profesionales”

Se le presentó el término de comparación, sin embargo, el Despacho no tuvo en cuenta tal realidad, máxime si se tiene en cuenta que la entidad demandada no se opone y menos justifica tal discriminación, lo que indica que el Despacho debió proceder como lo dice el Precedente constitucional:

En Sentencia T-247 de 2010- dice, con absoluta claridad y siguiendo la interrumpida tendencia, lo siguiente:

“EN LOS EVENTOS DE PRESUNTA DISCRIMINACIÓN RESULTARÍA INEQUITATIVO Y CONTRARIO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE LA CARGA PROBATORIA RECAYERA EXCLUSIVAMENTE SOBRE LA PERSONA QUE ALEGA SER VÍCTIMA DE DICHA DISCRIMINACIÓN, por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realiza la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se indicó, **COLOCAN UNA CARGA PROBATORIA ESPECIAL EN EL ACUSADO, PUES ESTARÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR QUE SU CONDUCTA ES CLARAMENTE GARANTISTA DEL DERECHO DE IGUALDAD** y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.³⁹

³⁸ T-230/94: (...) si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato”. H. Corte Constitucional, dijo en la Sentencia T-335/00 ratificado en la sentencia T-079/95: “[e]l afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación”

³⁹ Énfasis propio.

En la sentencia T- 863 de 2011, la Corte fue más clara y su análisis fue más profundo, pues aseveró con total claridad, que la carga de la prueba la tiene quien es acusado del trato discriminatorio, *ipso iure*, si no, además, la consecuencia jurídica del incumplimiento de la carga probatoria por el demandado, dijo literalmente:

*“Todo lo cual quiere decir que, entonces, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, y eso puede hacerlo por ejemplo por medio de indicios. Si lo hace, ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar de manera aceptable que el acto no fue discriminatorio. **Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN.** Pues ese es, en efecto, el modo más equitativo de resolver problemas de discriminación, en los cuales suelen existir dificultades probatorias relevantes”⁴⁰*

La entidad no satisfizo la carga de la prueba, no desvirtuó el trato injustificado y discriminatorio que le da a mi poderdante en relación con el subsidio de familia, inferior, al que reciben otros soldados profesionales en las mismas condiciones laborales que el demandante, razón suficiente para el Despacho, y en esta oportunidad el Honorable Tribunal Administrativo, den aplicación a **“Y SI LA PARTE ACUSADA NO SATISFACE ADECUADAMENTE ESA CARGA, ENTONCES DEBE TENERSE POR CIERTO QUE HUBO DISCRIMINACIÓN”** se proceda a revocar la Sentencia y se acceda al reconocimiento del subsidio de familia como fue pedido en la demanda.

3. PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con el respeto merecido, me dirijo a los Honorables Magistrados del Tribunal Administrativo para hacerles las siguientes suplicas:

1. Se aplique la excepción de ilegalidad o excepción de inconstitucionalidad, en aras de que se inaplique el artículo 287 del Código General Del Proceso, y en su lugar se aplique el artículo 55 la ley estatutaria de administración de justicia y el derecho fundamental al debido proceso y doble instancia.
2. Pretensión subsidiara a la anterior, se proceda de acuerdo a lo señalado en el artículo 287 del Código General Del Proceso.
3. Se revoque, por los cargos aquí analizados el numeral segundo, de la sentencia que en su tener literal dice: **SEGUNDO: DENEGAR** las pretensiones principales de la demanda respecto de la declaración de nulidad del oficio 20183112403221: MDN-CGFM-COEJCSEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 7 de diciembre de 2018 y de la declaración de nulidad del acto administrativo ficto o presunto respecto de la petición presentado con el radicado 7J4Y9Z551U instauradas por el actor, en contra de la NACIÓN –MINISTERO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL, de conformidad con la parte considerativa del presente fallo..
4. Se revoque, por los cargos aquí analizados el numeral tercero, de la sentencia que en su tener literal dice: **“TERCERO: Por** carecer de fundamentos fácticos y jurídicos y en tanto los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, despachar desfavorablemente las pretensiones de aplicación de excepción de inconstitucionalidad y de convencionalidad reclamadas como pretensiones

⁴⁰ Énfasis propio.

subsidiarias de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia y de su aclaración.”

5. En su lugar se accedan a las pretensiones, ya sean las principales o las subsidiarias de la demanda con los actos administrativos demandados, esto es la nulidad o las excepciones de constitucionalidad o convencionalidad propuestas.
6. A su vez se acceda al restablecimiento del derecho como fue señalado en la demanda, tanto de la prima de actividad como del 20% y del subsidio de familia, por los cargos aquí analizados.
7. Condenar en costas a la entidad demandada en esta instancia y en primera.

WILMER YACKSON PEÑA SÁNCHEZ

C.C No. 1.099.342.720 de Jesús María Santander

T.P. 272.734 del C. S. de la J.