



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

TREINTA Y UNO (31) DE ENERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

No.	RADICACIÓN No	PROCESO	PARTES	FECHA DE FIJACIÓN	FECHA DE DESFIJACIÓN	TRASLADO
1.	86001333 10022020 0007401 (11711)	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	Demandante JHON NEVI MORALES GAÑÁN Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional	01- FEB- 2023	03- FEB- 2023	SOLICITUD DE NULIDAD

El presente TRASLADO se CORRE por el término de 3 días hábiles y se fija el día de hoy TREINTA Y UNO (31) DE ENERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) a partir de las 8 a.m., en la página web del Tribunal, término que de conformidad con el Art. 110 del C.G.P, empieza a correr el día PRIMERO (1º) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023). Se **DESFIIJA** el TRES (3) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) a las cinco de la tarde (5:00 p.m.)¹.

OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

¹ Mediante Acuerdo CSJNAA22-0160 del 25 de febrero de 2022 el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño estableció el horario de 8 am a 12 m y de 1 pm a 5 pm para los Despachos Judiciales de los Distritos de Pasto y Mocoa

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA Proceso: 860013333002-2020-00074
Demandante: S.L.P JHON NEVI MORALES GAÑAN Demandado: EJÉRCITO NACIONAL-
MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN.

Wilmer Peña <yacksonabogado@gmail.com>

Vie 25/03/2022 9:13 AM

Para: Juzgado 02 Administrativo Circuito - Putumayo - Mocoa <j02admmocoa@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: ceoju@buzonejercito.mil.co <ceoju@buzonejercito.mil.co>; sac@buzonejercito.mil.co
<sac@buzonejercito.mil.co>; margarita.bedoya <margarita.bedoya@mindefensa.gov.co>

Señor

JUEZ 02 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MOCOA

E. S. D.

Demandante: S.L.P **JHON NEVI MORALES GAÑAN**

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

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

Proceso: **860013333002-2020-00074**

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 **JHON NEVI MORALES GAÑAN**, identificado con cédula de Ciudadanía 4.416.451 de Chinchina, me permito de forma respetuosa presentar ante su despacho, **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL RESUELVE SEGUNDO DE LA SENTENCIA**, 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 02 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MOCOA

E. S. D.

Demandante: S.L.P **JHON NEVI MORALES GAÑAN**

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

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

Proceso: **860013333002-2020-00074**

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 **JHON NEVI MORALES GAÑAN**, identificado con cédula de Ciudadanía 4.416.451 de Chinchina, me permito de forma respetuosa presentar ante su despacho, **RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL RESUELVE SEGUNDO DE LA SENTENCIA**, 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: 860013333002-2020-00074	1
I. EXORDIO	1
II. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA Y SOLICITUD DE NULIDAD DE LA SENTENCIA.	3
i. HECHOS O ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN	3

ii.	Fundamento Jurídico De La Solicitud De Nulidad De La Sentencia Por Incongruencia	11
a.	Marco normativo invocado para la solicitud de nulidad.....	11
b.	Concepto jurídico de la violación del derecho fundamental al debido proceso y la estructuración de la nulidad de la sentencia.....	13
III.	MOTIVOS DE DISENSO FRENTE A LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO ...	15
1.	CON RELACIÓN AL RECONOCIMIENTO DEL REAJUSTE DEL 20% SALARIAL.....	15
1.1.	SENTENCIA RECURRIDA.....	15
1.2.	CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA	16
1.3.	CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA	31
1.4.	CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA	35
1.5.	CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA	37
1.6.	CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA.....	54
1.7.	CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA.....	55
1.8.	CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	56
1.9.	CARGO OCTAVO CONTRA LA SENTENCIA.....	57
1.10.	CARGO NOVENO CONTRA LA SENTENCIA.....	58
1.11.	CARGO DÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	61
1.12.	CARGO UNDÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	62
1.13.	CARGO DUODÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA	65
1.14.	CARGO DÉCIMO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA.....	65
1.15.	CARGO DÉCIMO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA.....	67
1.16.	CARGO DÉCIMO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA	68
1.17.	CARGO DÉCIMO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA	71
1.18.	CARGO DÉCIMO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA.....	72
1.19.	CARGO DÉCIMO OCTAVO CONTRA LA SENTENCIA.....	74
1.20.	CARGO DÉCIMO NOVENO CONTRA LA SENTENCIA	80
2.	CON RELACIÓN A LA PRIMA DE ACTIVIDAD	81
2.1.	CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA	81
2.2.	CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA	82
2.3.	CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA.....	85
2.4.	CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA	87
2.5.	CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA.	90
2.6.	CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA.....	91
2.7.	CARGO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA	94
2.8.	CARGO OCTAVO CONTRA LA SENTENCIA	95
2.9.	CARGO NOVENO CONTRA LA SENTENCIA	95
3.	CON RELACIÓN AL SUBSIDIO DE FAMILIA	95

3.1.	CARGO PRIMERO CONTRA LA SENTENCIA	95
3.2.	CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA	97
3.3.	CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA	112
3.4.	CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA	117
3.5.	CARGO QUINTO CONTRA LA SENTENCIA.....	120
3.6.	CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA.....	122
4.	PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	123

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

Respetuosamente, le presento al Honorable Tribunal Administrativo, los hechos o antecedentes que sirven de fundamento para la pretensión de nulidad parcial de la sentencia, de manera especial lo relacionado con el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y lo relacionado con la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de actividad, hechos o antecedentes que se presentan en los siguientes términos:

i. HECHOS O ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN

1. El señor **demandante**, es servidor público, y tiene la condición de soldado profesional en el **EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN**.
2. Por intermedio del suscrito apoderado, presentó demanda de carácter laboral, bajo el **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, en contra del **EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN**, a fin de que se le reconociera y pagara una diferencia salarial y se procediera al reconocimiento y pago de la prima de actividad. Como supuestos fácticos y jurídicos, la demanda se narró lo que a continuación se presenta.
3. Con relación a la reclamación de **LA DIFERENCIA SALARIAL DEL 20%**, como hechos que soportan tanto las pretensiones de la demanda, así como los que soportan, la aplicación de las normas constitucionales invocadas, se le narraron en la demanda al Despacho los siguientes:

HECHO 8.

8. La carrera administrativa de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, está conformada por los soldados voluntarios que manifestaron su intención de ingresar y fueron aceptados, y por los nuevos soldados profesionales, es decir los que nunca fueron soldados voluntarios.

HECHO 9.

*9. Los soldados voluntarios una vez incorporados a la carrera administrativa de los soldados profesionales, pasaron a ser **soldados profesionales en las mismas condiciones** que los nuevos soldados que se incorporaron y nunca fueron soldados voluntarios.*

HECHO 10.

8 El Ejecutivo, en el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, estableció como función de los Soldados Profesionales, incluyendo a los que se incorporaron siendo soldados voluntarios, de actuar para la ejecución de operaciones militares, sin importar si son para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas

HECHO 12.

12 MI poderdante en calidad de soldado profesional tiene asignadas las mismas funciones que tienen asignadas los soldados profesionales que fueron incorporados al Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares que estaban activos antes de su entrada en vigencia, es decir los soldados Voluntarios.

HECHO 13.

El Ejecutivo, en el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, establece un trato de igualdad para los soldados que fueron voluntarios como para los soldados que no lo fueron, en lo que tiene que ver con la asignación de funciones y con la ejecución de las misma.

HECHO 14.

14. Así mismo, (El Ejecutivo) establece un trato de igualdad en lo que tiene que ver con las normas de retiro, con las normas de reincorporación y de situaciones administrativas, con el trato para desaparecidos, con los programas de capacitación con vestuario y alimentación, con el régimen de reserva y demás, con excepción en el salario.

HECHO 15:

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.

HECHO 20.

20. 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.

HECHO 21.

21. Mi poderdante se encuentra en una situación de Discriminación Salarial frente a los soldados profesionales que se incorporaron a la misma carrera administrativa, pero que ya hacían parte de la institución, (Soldados Voluntarios) a pesar que de reciben y ejecutan las mismas funciones, pues nunca ha recibido el salario proporcional a su trabajo.

4. El demandante con base en los anteriores hechos, le pidió al Despacho en calidad de:

PRETENSIONES DECLARATIVAS: *“se declare que mi poderdante ha realizado las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario.”*

5. El demandante con base en los anteriores hechos, le pidió al Despacho que declarara la nulidad del acto administrativo, pidió como

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

“En caso de no prosperar, la nulidad, de acuerdo a lo señalado por la ley 1437 de 2011, se aplique la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 13, 25, 53, y 209 de la Constitución, (...)”

6. Como fundamentos jurídicos de los cargos presentados en la demanda, tanto de nulidad como los de las excepciones de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, relacionados con la diferencia salarial del 20%, el demandante dijo que:

- a. Había una situación de discriminación salarial histórica al soldado profesional. La presentó el acápite denominado: **“SITUACIÓN HISTÓRICA DE DISCRIMINACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES EN COLOMBIA.”**
- b. Dijo que acusaba **“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”**
- c. También le dijo al Despacho del Juez que acusaba **“AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ART 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EN LA MODALIDAD DE IGUALDAD SALARIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL”**
- d. También le dijo al Despacho del Juez que acusaba **“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.”**
- e. También le dijo al Despacho del Juez que acusaba **“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.**
- f. También le dijo al Despacho del Juez que acusaba **“AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE SALARIO JUSTO Y PROPORCIONAL A LA CANTIDAD Y CALIDAD DE TRABAJO, ARTÍCULOS 25 y 53 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA POR PARTE DEL ESTADO EN DESMEDRO DEL PATRIMONIO DEL TRABAJADOR”**
- g. También le dijo al Despacho del Juez que acusaba, **“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 DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACION**

- h. El demandante pidió el amparo de las garantías mínimas del artículo 53 de la Constitución, esto es: **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, y demás garantías allí consignadas.**
7. A su vez le pidió al Despacho “*se aplique la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 13, 25, 53, y 209*”
8. Con relación a **LA RECLAMACIÓN DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD**, como hechos que soportan tanto las pretensiones de la demanda, como los que soportan la aplicación de las normas constitucionales y convencionales invocadas, se le narraron en la demanda al Despacho los siguientes:

HECHO 22.

22. Mi poderdante, ha estado activo al igual que los Oficiales y Suboficiales en el Ejército Nacional.

HECHO 23.

23. 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.

HECHO 24.

24. Mi poderdante en calidad de soldado profesional, es discriminado por la entidad al no reconocerle y pagarle la prima de actividad.

9. Como fundamentos jurídicos de los cargos presentados en la demanda, tanto de nulidad como los de las excepciones de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, relacionados con la diferencia salarial del 20%, el demandante dijo que:
- a. Acusaba “**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**”
- b. También dijo que acusaba “**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**”
10. En ese sentido le presentó como pretensión necesaria la siguiente:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS:

- a. (...)

- b. *“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.”*
11. A su vez le pidió al Despacho *“se aplique la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 13, 25, 53, y 209”*
 12. La demanda fue debidamente admitida por el Honorable Despacho, fue notificada, y fue contestada por parte del extremo pasivo, se desarrolló el proceso con normalidad, se llevó a cabo la respectiva audiencia pública.
 13. El **JUZGADO** al momento de proferir la respectiva sentencia, cometió yerros de conducta, esto es *“in procedendo”*, específicamente omisiones, por falta de aplicación de la Ley procesal establecida por el legislador como norma de obligatorio cumplimiento y observancia en el desarrollo del proceso judicial, estas normas son: el artículo 55 de la Ley Estatuaria de Administración de Justicia; los artículos 280 y siguientes del Código General del Procesos y el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) -Ley 1437 de 2011. **LO QUE IMPLICA UNA TRASGRESIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.** Así tenemos que:
 14. En la sentencia no se motivó, es decir, se omitió estudiar y presentar una justificación sobre el contenido de las premisas fácticas presentadas al Despacho en los hechos 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 20, 21, de la demanda. Estos hechos fueron totalmente ignorados en la motivación de la sentencia, pues de ellos y sobre ellos, el juzgado omitió pronunciamiento alguno.
 15. Los anteriores nueve (9) hechos, que componen los hechos jurídicamente relevantes para las pretensiones de la demandada relacionadas con el Juicio de Igualdad en la modalidad **TRABAJO IGUAL – SALARIO IGUAL** debido a **LA DIFERENCIA SALARIAL DEL 20%**, quedaron huérfanos de justificación alguna por parte del Despacho de primera instancia, dejando así la *questio facti* de la sentencia sin motivación, a pesar de ser pedida en la demanda y los alegatos de conclusión.
 16. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con el contenido del cargo jurídico, o fundamento jurídico, presentado en la demanda y denominado: **“SITUACIÓN HISTÓRICA DE DISCRIMINACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES EN COLOMBIA.”**
 17. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con el contenido del cargo jurídico, o fundamento jurídico, presentado en la demanda y denominado: **“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”**
 18. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con el contenido del cargo jurídico, o fundamento jurídico, presentado en la demanda y denominado: **“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.”**

19. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con el contenido del cargo jurídico, o fundamento jurídico, presentado en la demanda y denominado: **“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.”**
20. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con el contenido del cargo jurídico, o fundamento jurídico, presentado en la demanda y denominado: **“AL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDO DE NO HABERSE FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE SALARIO JUSTO Y PROPORCIONAL A LA CANTIDAD Y CALIDAD DE TRABAJO, ARTÍCULOS 25 y 53 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y POR TANTO SER VIOLATORIO DEL MISMO, EN LA MODALIDAD DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA POR PARTE DEL ESTADO EN DESMEDRO DEL PATRIMONIO DEL TRABAJADOR”**
21. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con el contenido del cargo jurídico, o fundamento jurídico, presentado en la demanda y denominado: **“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**
22. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con la pretensión declarativa, pedida en la demanda en la siguiente literalidad: **“PRETENSIONES DECLARATIVAS: “se declare que mi poderdante ha realizado las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario.”**
23. En la sentencia no se motivó, es decir, se omitió estudiar y presentar una justificación sobre el contenido de las premisas fácticas presentadas al Despacho en los hechos 22, 23, 24, de la demanda. Estos hechos fueron totalmente ignorados en la motivación de la sentencia, pues de ellos y sobre ellos, el juzgado omitió pronunciamiento alguno.
24. Los anteriores tres (3) hechos, que componen los hechos jurídicamente relevantes para las pretensiones de la demandada relacionadas con el Juicio de Igualdad en materia de prestaciones salariales, debido a **LA RECLAMACIÓN DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD**, quedaron huérfanos de justificación alguna por parte del Despacho de primera instancia, dejando así la *questio facti* de la sentencia sin motivación, a pesar de ser pedida en la demanda y los alegatos de conclusión.
25. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con el contenido del cargo jurídico, o fundamento jurídico, presentado en la demanda y denominado: **“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”**
26. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con el contenido del cargo jurídico, o fundamento jurídico, presentado

en la demanda y denominado: **“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”**

27. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con la pretensión declarativa, pedida en la demanda en la siguiente literalidad: **“PRETENSIONES DECLARATIVAS: “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.”**
28. En la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa lo relacionado con la pretensión subsidiaria de la inaplicación de los actos administrativo para en su lugar aplicar el artículo 53 de la constitución política.
29. El contenido del del artículo 53 de la Constitución, esto es: **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, y demás garantías allí consignadas**, fue totalmente ignorado en la sentencia, nada de lo que expone la norma constitucional fue estudiado, fue analizado en el proceso de la referencia.
30. En los alegatos de conclusión se le invocó un debido proceso probatorio, carga de la prueba, presunción de discriminación, sin que en la sentencia haya habido un pronunciamiento de fondo sobre tales figuras de tipo probatorio invocadas.
31. Así mismo se le pidió que motivara la presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo que negó el reajuste del subsidio de familia, el Despacho no motivó dicha presunción, tampoco dijo porque se apartaba del mismo.
32. En la demanda se le pidió al Despacho realizar un juicio de igualdad en lo que tiene que ver con el subsidio de familia, sin embargo, el Despacho omitió dicho pronunciamiento en la sentencia.
33. El Despacho debió, en “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” señalar en el artículo 55 de la Ley Estatutaria De Administración De Justicia; en los artículos 280 y 281 de Código general del proceso, y en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011:
 - primero:** apreciar los hechos presentados en la demanda y que admitió como tales en el momento de la admisión de la demanda;
 - segundo:** motivarlos para determinar si están o no probados y con que medios de convicción o instituciones jurídicas del derecho probatorio;
 - tercero:** analizar la carga de prueba en el juicio de igualdad, como lo señala el precedente constitucional de obligatorio cumplimiento, para determinar a quien le corresponde probar cada hecho, y si se dio cumplimiento o no a dicha carga;
 - cuarto:** argumentar, determinar y establecer las consecuencias jurídicas de cumplimiento o incumplimiento de la carga de la prueba;
 - quinto:** calificar los hechos probado en el proceso, ya sea por la prueba física, por las instituciones jurídicas de excepción de prueba, o por la carga de la prueba, con relación y de acuerdo al derecho invocado para analizar y decidir si los hechos probados en el proceso guardan relación con los hechos jurídicamente relevantes que están descritos en los supuestos facticos de las normas invocadas;

sexto: Argumentar y motivar la posibilidad y viabilidad de extender o no las consecuencias jurídicas establecidas en las normas jurídicas invocadas, tanto reglas como principios:

séptimo: determinar si, a pesar de que están probados los hechos y las normas jurídicas invocadas son aplicables, existe norma jurídica de rango superior a la invocada que impida que se dé la resolución del caso como fue planteado, **PERO SOLO Y ÚNICAMENTE**, después de haber establecido y motivados todos y cada uno de los hechos y el derecho invocado en la demanda, es decir, de forma completa y no parcializada y sesgada;

octavo: Debió haber cumplido con lo anterior, para que el Despacho hubiera quedado habilitado para presentar la propia resolución del caso, es decir, que primerio debió demostrar la derrotabilidad, insuficiencia, inconveniencia, de la tesis que se presentó en la demanda, y posteriormente, proceder a presentar su propia tesis y resolución del problema.

34. El Despacho no debió en “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” señalar en el artículo 55 de la Ley Estatutaria De Administración De Justicia; en los artículos 280 y 281 de Código general del proceso, y en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011:

primero: presentar su propia tesis, sus propios argumentos, sin antes haber estudiado y argumentado la inviabilidad, o la derrotabilidad, de todo lo que se le pidió en la demanda, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, pues al hacerlo, como en efecto ocurrió viola el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y de contradicción.

segundo: no debió tomar de forma parcializada¹, incumpliendo el deber de imparcialidad, los hechos de la demanda que le sirven a su propia tesis, e ignorar los que no le sirven, hasta llegar al punto de omitirlos de forma absoluta en la sentencia;

tercero: no debió sustraerse del estudio de cada una de las situaciones fácticas y jurídicas que se le pidieron en la demanda que fueran analizadas y estudiadas.

35. A causa de todo lo anterior, el suscrito apoderado judicial, procedió a rogarle al Despacho que adicionara a la sentencia todo lo que fue presentado en la demanda y que fue omitido en el cuerpo de dicha providencia.

36. La resolución del Despacho, fue negar la solicitud, con argumentos carentes de todo rigor jurídico, y que, al ser auto extraído del ámbito de los recursos, no es posible controvertirlo.

37. Las omisiones acaecidas en el presente proceso, por parte del Despacho, aquí descritas, en la expedición de la sentencia, conculcan el derecho fundamental del debido proceso, pues no respetan las garantías de la “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” señalar en el artículo 55 de la Ley Estatutaria De Administración De Justicia; en los artículos 280 y 281 de Código general del proceso, y en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

38. Las acciones acaecidas en el presente proceso, por parte del Despacho, aquí descritas, en la expedición de la sentencia, son contrarias el derecho fundamental

¹ “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.” Ley Estatutaria De Administración De Justicia

del debido proceso, pues no respetan las garantías de la “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” señaladas en el artículo 55 de la Ley Estatutaria De Administración De Justicia; en los artículos 280 y 281 de Código General del Proceso, y en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

39. La actuación del Despacho, además de ser violatoria del artículo 29 de Constitución Política por la no “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” señaladas en el artículo 55 de la Ley Estatutaria De Administración De Justicia; en los artículos 280 y 281 de Código general del proceso, y en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, también es violatoria del mismo artículo al imposibilitar de forma indirecta el **DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SEGUNDA INSTANCIA** “impugnar la sentencia”.

ii. **Fundamento Jurídico De La Solicitud De Nulidad De La Sentencia Por Incongruencia**

a. Marco normativo invocado para la solicitud de nulidad.

En el presente acápite le presentamos al Honorable Tribunal Administrativo una enunciación con su respectiva transcripción de las normas jurídicas que invocamos como violadas por el Despacho al momento de proceder al análisis de la estructuración de la nulidad. Cada uno de los énfasis que se realizan son propios del autor de la presente solicitud.

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y **CON OBSERVANCIA DE LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO.***

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; **A IMPUGNAR LA SENTENCIA** condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”*

2. LA LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*“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.”*

3. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

*“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”²

4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (CPACA) -LEY 1437 DE 2011.

“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.

² Subrayado propio.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”³

b. Concepto jurídico de la violación del derecho fundamental al debido proceso y la estructuración de la nulidad de la sentencia.

Para el Derecho Constitucional el proceso es el escenario predilecto de administración de justicia. Es la limitación previa que hace el legislador a la arbitrariedad de la administración y de la función judicial, en un estado de derecho que tiene las garantías constitucionales como normas de aplicación primaria.

El Juez debe cumplir, tal rito, sin caer en el vicio del mismo “exceso ritual manifiesto”. Su incumplimiento implica, que el fallo es proferido por medio de la arbitrariedad, lo que implica violación directa a la norma fundamental que señala tal deber para el juez, y derecho para el usuario de la administración de justicia.

En el presente caso, el artículo 55 de la ley Estatutaria De Administración De Justicia, establece como rito en la sentencia que las mismas “**DEBERÁN REFERIRSE A TODOS LOS HECHOS y ASUNTOS** planteados en el proceso por los sujetos procesales.”

Como lo vimos en los hechos de este escrito, el Despacho no tuvo en cuenta a la hora de motivar la sentencia, lo relacionado con los hechos 8, 9, 14, 15, 21, 22, 23, 24 de la demanda. Era su deber que en el cuerpo de la sentencia se refiere a ellos, de forma motivada, para explicar si los tenía como probados o si adolecían de respaldo probatorio, y dar explicación que permitiera justificar su conclusión. A pesar de que era su deber, y a pesar de que es un derecho para el usuario de la administración de justicia, se sustrajo sin justificación alguna de su estudio, conculcado de esa forma la plenitud de las formas, que permite la garantía del derecho a una motivación de la sentencia, dando esplendor al debido proceso.

En la demanda, se le pidieron unas pretensiones declarativas, a las cuales no hizo la menor alusión en la sentencia, teniendo la obligación de pronunciarse sobre la viabilidad o no de las mismas, pues fueron asuntos planteados en el proceso por uno de los sujetos procesales. La falta de técnica judicial es Despacho es asombrosa, pues en aras del derecho de motivación de plenitud de las formas, debió motivar con exhaustividad lo relacionado a dichas pretensiones. Distinto es el contenido material del argumento, que sería o no de aceptar, pero ante la falta de motivación solo queda el sentimiento de frustración.

Fueron asuntos planteados por una de las partes, los relacionado con la violación del **Derecho fundamental de la igualdad en la modalidad “trabajo igual-salario igual”, igualdad simple, , y el mandado de no discriminación; los derechos básicos de la carrera administrativa, como es la igualdad de oportunidades y el mérito; las garantías mínimas del artículo 53 de constitución política, esto es, 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, y demás garantías allí consignadas, sin embargo en la sentencia brilla por su ausencia un estudio serio, exhaustivo, con rigor jurídico, donde se motive sobre la estructuración de dichas figuras a los hechos del proceso, o sobre imposibilidad de aplicación, a pesar de estar probados.**

³ Subrayado propio.

Siempre debe pronunciarse, sobre todos los asuntos, pues además de ser una obligación estatutaria del Despacho, también es un derecho a conocer la motivación sobre cada tópico planteado, lo que conlleva a la realización efectiva del debido proceso en el cumplimiento de la garantía de las formas plenas del proceso.

Esto no quiere decir, que el Despacho esté en la obligación de acoger *per se* cada uno de los tópicos que se le plantean, desde luego que no. Lo que quiere decir, es que el Despacho debe pronunciarse, de be motivar, tiene prohibido ignorar lo planteado en la demanda, con la finalidad de explicar y justificar la verdad y corrección de lo que se plantea, para que en el evento en que no se presente la verdad (hechos) o no se presente la corrección (coherencia con el ordenamiento jurídico) proceda a resolver en contra.

Después, y solo después, de haber escrutado lo pedido, es que el Despacho puede resolver el problema que se plantea. Solo después de ello, el Despacho puede optar por una tesis diferente a la demanda.

La planitud de las formas de este juicio, se ven conculcadas en la medida en que el Despacho, sin analizar lo que se le pide en la demanda, procede a adoptar una tesis diferente, por demás incorrecta, situación que no se debate acá al ser un asunto de fondo del argumento.

Repetimos, la nulidad por violación del artículo 29 de la constitución por la no “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” señalan en el artículo 55 de la Ley Estatutaria De Administración De Justicia; en los artículos 280 y 281 de Código general del proceso, y en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, se estructura en la medida en que el Despacho:

- a. No resuelve y argumenta lo relacionado con la totalidad de los hechos de la demanda, como su deber estatuario y el derecho del usuario de la administración de justicia, art. 55 L. E. A. D. J.
- b. No resuelve ni argumenta lo relacionado con totalidad de los asuntos jurídicos que fueron planteados en la demanda, como su deber estatuario y el derecho del usuario de la administración de justicia, art. 55 L. E. A. D. J.
- c. Introduce una solución al problema, sin previo haber motivado sobre la falsedad o no de la totalidad de los hechos planteados en a la demanda.
- d. Analiza de únicamente los hechos que le sirve a la tesis del Despacho, a pesar de que tiene el deber de pronunciarse sobre la totalidad de los mismos.
- e. Introduce una solución al problema, sin previo haber motivado sobre la inviabilidad, sobre la incorrección, sobre la derrotabilidad de la totalidad de los asuntos jurídicos planteados en a la demanda.

Respetado Honorable Tribunal Administrativo, ante tantas omisiones prohibidas por el ordenamiento jurídico, en las cuales *el aquo* ha incurrido al momento de dictar la sentencia de este proceso, le ruego encarecidamente que proceda a declarar la nulidad de lo actuado, a fin de seguir agravando el ordenamiento jurídico vigente.

Con relación a las normas jurídicas contenidas en el Código General del Proceso y de la C.P.A.C.A. estas normas, también establece como formas del juicio, la resolución de los asuntos planteados en el proceso, tanto desde el punto de vista fáctico como desde el punto de vista jurídico.

De ahí que, desde el punto de vista de nuestra jurisprudencia se diga con absoluta claridad por parte de La Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-455 de 2016, 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.”

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 irremediamente 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 PEDIMENTO**⁴. 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.”*

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

“En primer lugar, el Despacho sostendrá la tesis de la existencia de un acto ficto o presunto negativo, resultado del silencio administrativo ante la petición elevada por el demandante el 9 de marzo de 2019, por cuanto no se logró probar que la respuesta generada por la Entidad demandada se hubiese notificado de acuerdo con las normas procesales para el caso.

⁴ Subrayado propio.

Aun así, el Despacho considera que no se cumplen los criterios normativos, constitucionales y convencionales para acceder a las pretensiones de la demanda, pues no resulta aplicable realizar juicios o test de igualdad frente a sujetos que no ostentan las mismas calidades como se pretende en este asunto, aunado a que de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraría los derechos adquiridos, el principio de inescindibilidad normativa y se generaría una tercera norma beneficiosa para el demandante, desconociendo los criterios normativos, constitucionales e históricos en que se fundan los parámetros de distinción, lejos de ser considerados desiguales o discriminatorios.

Así mismo, se considera que, de acuerdo con la petición elevada por el militar, el reconocimiento y pago del subsidio familiar, le fue aplicado conforme a la normativa contenida en el Decreto 1161 de 2014, sin que con ello se observe una vulneración a sus derechos laborales, pues de acuerdo con el material probatorio arrojado al proceso, el demandante dio a conocer a la entidad, su cambio de estado civil, con posterioridad al 1 de julio de 2014.

Para llegar a la conclusión que antecede, esta judicatura previamente entró a realizar un estudio del marco legal existente, para posteriormente estudiar y decidir el caso en concreto, según se expone a continuación:"

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 los 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 ser contraria a las reglas de la argumentación racional pues incurre en deficiencias en la motivación externa⁵, es decir, las premisas y las conclusiones son sustancialmente falsas, es decir existe incorrección material de la premisa, ya que dichos enunciados no son materialmente ciertos, pues adolecen de sustento fáctico y jurídico, en este caso, desacertados frente a la comparación de la sentencia con la realidad jurídica del ordenamiento vigente. De esta forma, el Despacho en la Sentencia pasa por alto, las reglas de motivación racional de las sentencias judiciales.⁶

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 formal, es decir del paso de las premisas a la conclusión, o lo que es lo mismo, el análisis se da en el sentido de la validez del argumento; y la Justificación externa, que no excluye la lógica, pero requiere de más, la entendemos en lo concerniente al establecimiento de las premisas, es decir, al principio de correspondencia entre la premisa y su origen, sea jurídico o se fáctico. La premisa, el círculo tiene 3 lados iguales,

⁵ Se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

⁶ 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.

está construida con lógica, más no con referencia a la vida real, pues es falsa, (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, incurren en incorrección material y no tienen acierto normativo.

DEMOSTRACIÓN:

1.2.1. LA PRIMERA PREMISA DEL ARGUMENTO: *“el Despacho considera que no se cumplen los criterios normativos, constitucionales y convencionales para acceder a las pretensiones de la demanda, pues no resulta aplicable realizar juicios o test de igualdad frente A SUJETOS QUE NO OSTENTAN LAS MISMAS CALIDADES como se pretende en este asunto”.*

Lo primero que tenemos que dejar claro es el criterio de comparación bajo el cual se le pide al Despacho que realice el juicio de comparación en lo que tiene que ver con la diferencia salarial, para ello se hace necesario presentar unas consideraciones previas: Desde el pensamiento antiguo, Aristóteles se preguntó: ¿qué es igualdad y qué desigualdad no hay que pasar por alto? Cuando respondió dicha cuestión, precisó que debe escogerse un *rasgo relevante*, es decir, dos o mas elementos son iguales en función de un factor que se ha determinado previamente.

Norberto Bobbio, enseñó que es necesario considerar tres variables para el juicio de comparación, así aplicar el gran principio y valor de la justicia: **i.** los sujetos entre los que se va a repartir los bienes, derechos o gravámenes; **ii.** Los bienes o gravámenes, (derechos, ventajas, posiciones jurídicas) que se van a repartir; **iii.** El criterio con el que se va a hacerse la repartición (necesidad, merito, capacidad, origen social, esfuerzo, sexo, edad, patrimonio, condición de edad, dependencia, etc.)

“Este criterio – también llamado tertium comparationis- es el que hace posible que se califiquen como iguales o desiguales los entes que son objeto del juicio de igualdad. Es un criterio de valoración o de relevancia, que aplicado a los entes objeto de comparación, permite constatar si en función de ese criterio hay igualdad o hay diferencias entre ellos, para luego determinar si se ha de reconocer un trato igual o diferente: si no hay diferencias relevantes, el tratamiento deberá ser igual; si las hay el tratamiento deberá ser diferente”⁷

En el presente proceso, **i.** los sujetos entre los que se va a repartir los bienes, derechos o gravámenes, son los dos soldados profesionales que se le pidió al Despacho comparara. **ii.** Los bienes o gravámenes, (derechos, ventajas, posiciones jurídicas) que se van a repartir, consiste en la diferencia de salario del 20% que se presenta entre los dos sujetos comparados. Hago énfasis, el bien que se va a distribuir tiene la naturaleza de ser SALARIO, de ahí que el derecho sea **SALARIO IGUAL**; y **iii.** El criterio con el que se va a hacerse la repartición (necesidad, merito, capacidad, origen social, esfuerzo, sexo, edad, patrimonio, condición de edad, dependencia, etc.), es la igualdad en la cantidad y calidad de trabajo que aportan los dos sujetos a la institución, es decir, **EL TRABAJO IGUAL**.

⁷ MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto: *La aplicación del principio de igualdad salarial. Igualdad de trato en el trabajo y en salario*. Editorial: Legis. Pág. 3.

Entiende el suscrito apoderado, que el Despacho considera en la motivación de la sentencia, que en el presente caso no se estructura la primera variable, esto es **i.** los sujetos entre los que se va a repartir los bienes, derechos o gravámenes, pues en el criterio del Juzgado, “no resulta aplicable realizar juicios o test de igualdad frente **A SUJETOS QUE NO OSTENTAN LAS MISMAS CALIDADES.**”

Sobre esa comprensión previa, el suscrito apodera, respetuosamente desarrolla la estructura del cargo en las siguientes líneas:

La premisa cuestionada, según la cual los dos sujetos de juicio de comparación no ostentan las mismas cualidades, no sabemos a partir de que información el Despacho llega dicha premisa afirmativa. La calidad de los dos sujetos a comparar en el juicio de igualdad en lo que tiene que ver con el 20% es la misma, los dos sujetos son soldados profesionales, pues son miembros de la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, vinculados al único cargo de dicha carrera administrativa, el de Soldados Profesionales.

Resulta incorrecta la afirmación del Despacho, pues los dos sujetos si tienen la misma **CALIDAD**, esto es, son servidores públicos vinculados a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, en el único cargo de **SOLDADO PROFESIONAL.**

Que la vinculación se dio de forma distinta al cargo, es diferente, pues tenemos dos formas como los dos sujetos se vincularon:

1.2.1.1. En el caso del sujeto comparado “espejo”:

Ingresó a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, por ministerio de la ley, específicamente, por lo señalado en dicho decreto en el artículo 5, que en su terno literal señala:

*“**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.”*

De ahí que la norma estableció dos condiciones a dichos soldados que estaban vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000:

- i) al expresar la *intención de incorporarse como soldados profesionales;*
- ii) y al ser *aprobados por los comandantes de Fuerza;*

Una vez cumplidos dichos requisitos o elementos hipotéticos previos, la misma norma establece dos consecuencias jurídicas que son claras y de suma importancia al presente juicios:

- i) *“serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses”*

- ii) **“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”**

Este procedimiento de incorporación, se concretizó por medio 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.

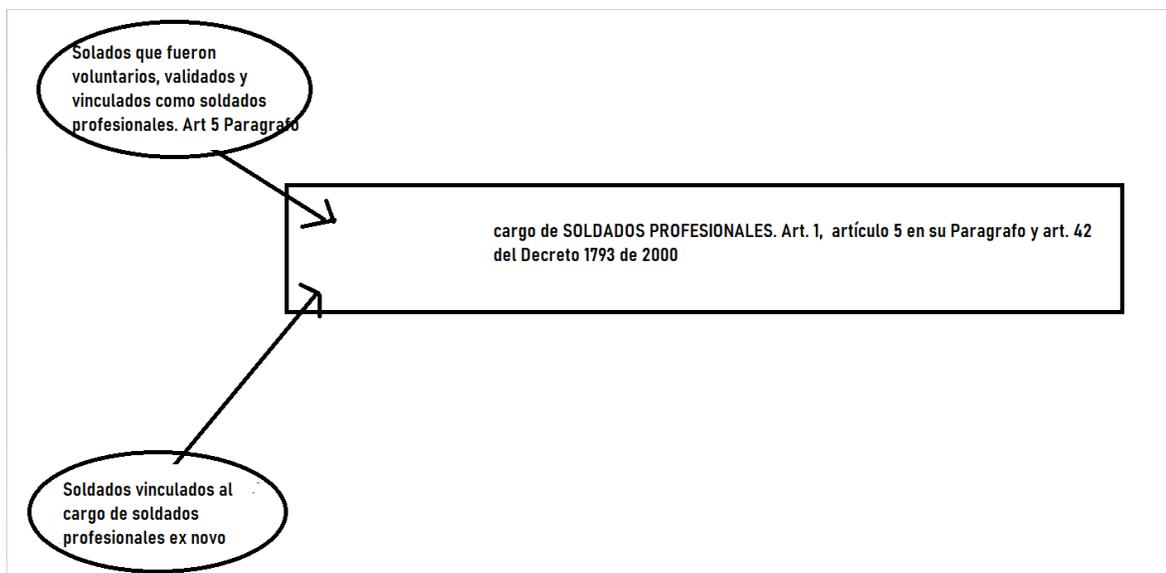
En conclusión, la calidad de los soldados “espejo” de la de **SOLDADOS PROFESIONALES**, pues a pesar de que ya estaban vinculados a la institución mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, ya que luego, que expresaron su intención de incorporarse como soldados profesionales, que fueron aprobados por los comandantes de Fuerza, y fueron incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certificó cada fuerza expresada en número de meses, a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, en el **ÚNICO CARGO** de **SOLDADOS PROFESIONALES**, y a dichos **“soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto”** Calidad esta, repetimos, que tiene el sujeto “espejo” del presente juicio de igualdad.

1.2.1.2. En el caso del demandante:

La calidad es la misma del soldado anterior, esto es la de vinculación a la a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, en el **ÚNICO CARGO** de **SOLDADOS PROFESIONALES**.

La vinculación se dio según lo reglado en los artículos 3, 4, 5, y 6 del decreto 1793 de 2000. Es decir, que al ser vinculado a la a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, en el **ÚNICO CARGO** de **SOLDADOS PROFESIONALES**, su calidad es la de **SOLDADO PROFESIONAL**.

En el siguiente cuadro, de forma respetuosa, presento dicho análisis así:



Al margen de la forma de vinculación de los dos soldados y de la fecha de vinculación a la institución, lo relevante e importante es que los dos sujetos, en el periodo o interregno de tiempo que se le propone al Despacho para la comparación, este es el tiempo después de la vinculación a la carrera del decreto 1794 de 2000 hasta nuestros días, tienen la misma

calidad, la de estar vinculados al cargo de soldados profesionales. Es decir, ambos dentro del espectro temporal demarcado, tienen la condición jurídica de ser **SOLDADOS PROFESIONALES**.

Y ateniendo a que el juicio de comparación en esta oportunidad gira en torno al salario, lo relevante, según la clausula del artículo 53 contentiva del “principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral” es valorar la **igualdad del trabajo** ejecutado y realizado por los dos sujetos comparados. El devenir cotidiano de la relación laboral, dentro del periodo de tiempo en que los dos sujetos tienen las mismas condiciones, claramente.

1.2.2. LA SEGUNDA PREMISA DEL ARGUMENTO: el Despacho considera que no se cumplen los criterios normativos, constitucionales y convencionales para acceder a las pretensiones de la demanda, porque *“de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraria los derechos adquiridos”*

Para desarrollar este criterio de impugnación, con mucho respeto, presentaré como estructura la siguiente: **PRIMERO:** Analizaré la forma gramatical como el Despacho construye la premisa; **SEGUNDO:** haré una precisión sobre los sujetos que tienen derechos adquiridos en lo que corresponde a la diferencia salarial del 20% invocado. **TERCERO:** analizaré el contenido de la motivación del criterio utilizado por el Despacho para negar las pretensiones de la demanda; **CUARTO:** intentaré mostrar que el reconocimiento de la diferencia salarial al demandante no afecta los derechos adquiridos de nadie. De esta forma, respetuosamente le presento las siguientes consideraciones al Honorable Tribunal Administrativo:

1.2.2.1. **PRIMERO:** Analizaré la forma gramatical como el Despacho construye la premisa.

Dice el Despacho de forma lacónica que *“de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraria los derechos adquiridos”* y llama bastante la atención el tiempo verbal en el cual construye la premisa, esto es, en el tiempo **CONDICIONAL**.

El tiempo condicional es un tiempo y a la vez modo que expresa la acción del verbo como posible, sin que realmente sea una realidad palpable.

1.2.2.2. **SEGUNDO:** precisión sobre los sujetos que tienen derechos adquiridos en lo que corresponde a la diferencia salarial del 20% invocado.

Para evitar demasiada palabra en este ítem, con mucho respeto le presento al Despacho un cuadro con relación a la naturaleza jurídica del reajuste salarial del 20% de los dos soldados que estamos comparando en el presente juicio de comparación.

SUJETOS A COMPARAR.	
SUJETO FRENTE A LA QUE SE HACE LA COMPARACIÓN. “SUJETO ESPEJO”	DEMANDANTE
- Soldados profesionales que ingresó a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000.	- Soldados profesionales que ingresó a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000.

<ul style="list-style-type: none"> - <u>Antes de su ingreso fueron soldados voluntarios.</u> - A partir del ingreso a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000 tienen asignadas y ejecutan las mismas funciones. - Reciben un salario superior (SMMLV + 60%) por la mismas cantidad y calidad de trabajo, del otro grupo de la comparación. 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>NUNCA FUERON SOLDADOS VOLUNTARIOS.</u> - A partir del ingreso a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000 tienen asignadas y ejecutan las mismas funciones. - Reciben un salario inferior (SMMLV + 40%) por la misma cantidad y calidad de trabajo, del otro grupo de la comparación.
NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIFERENCIA SALARIAL DEL 20%	
<p>El Honorable Consejo de Estado señaló la naturaleza jurídica del reajuste salarial de los soldados que fueron voluntarios en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, en donde dijo como ratio decidendi de dicha providencia:</p> <p><i>“En ese sentido, <u>INTERPRETA LA SALA, CON EFECTO UNIFICADOR,</u> que el Gobierno Nacional, <u>al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales</u> en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, 78 en aplicación del principio <u>DE RESPETO POR LOS DERECHOS ADQUIRIDOS</u>, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”⁸</i></p>	<p>No se ha definido su naturaleza. Se discute por la vía de la violación del derecho fundamental de la igualdad.</p> <p>No es adquirido, ni siquiera ha entrado al patrimonio del demandante.</p> <p>No hay norma que lo reconozca expresamente para el demandante.</p>

Es decir, que podemos evidenciar de forma conclusiva que, para los soldados profesionales, que alguna vez ostentaron la calidad de **SOLDADOS VOLUNTARIOS**, el reajuste del 20% salarial tiene **LA NATURALEZA JURÍDICA DE DERECHO ADQUIRIDO**. NO así para los soldados profesionales que fueron vinculados como *ex novo* a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, como es el caso de mi poderdante.

1.2.2.3. **TERCERO:** analizaré el contenido de la motivación ofrecida por el Despacho sobre dicho criterio utilizado para negar las pretensiones de la demanda;

⁸ Énfasis fuera del texto original.

Lo primero que diré con relación al presente ítem es que el Despacho al afirmar que “*de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraría los derechos adquiridos*” incurre en una violación al debido proceso, pues en el contenido de la sentencia acontece una Falta de motivación sobre la supuesta y eventual vulneración de los derechos adquiridos.

Como quedó visto en el primer punto de este apartado, el uso del condicional, le exige al Despacho haber explicado de forma completa, exhaustiva, sin lagunas, la forma hipotética como resultarían vulnerados los derechos adquiridos. Lo que se quiere decir, es que el Despacho al utilizar el condicional en la formulación de la premisa, sobre dicha base debe haber motivado la sentencia. Si el condicional es un tiempo y a la vez modo que expresa la acción del verbo como posible, debió motivar las condiciones en las que resultaría vulnerado los derechos adquiridos.

Esta exigencia hipotética, debe estar claramente explicitada en la sentencia. El Despacho no puede utilizar formulas clichés para negar un derecho, sino que su motivación debe ser racional y razonable, justificable dentro del ordenamiento jurídico. Si dice que” se *vulneraría los derechos adquiridos*” lo mínimo que debe aparecer en la sentencia es la resolución a la siguiente pregunta: ¿cómo se vulneran los derechos adquiridos, al reconocerle la diferencia salarial del 20% al demandante? Al menos si del cuerpo de la sentencia dicha pregunta se puede responder, entonces existió motivación de dicho criterio, pero al revisar detenidamente no hay un argumento explícito que pueda permitir la respuesta a dicha pregunta. La razonabilidad de la argumentación, debe permitirme tener claridad a respuestas como la anterior, y otras como: ¿Por qué el reconocimiento de la diferencia salarial al demandante se torna en una medida regresiva para los soldados que fueron voluntarios al afectar sus derechos adquiridos? ¿Por qué el reconociendo de un derecho que aún no ha ingresado al patrimonio del demandante, la diferencia salarial, viola derechos adquiridos? Etc. Nada de esto se encuentra en la sentencia, sin embargo, el Despacho afirma lacónicamente: “*de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraría los derechos adquiridos*”

Esta actuación del Despacho, es contraria al Deber de motivar las decisiones judiciales, que tiene a su cargo cumplir y proferir. Como vimos, al utilizar como criterio para negar las pretensiones de la demanda el argumento de la violación de los derechos adquiridos, y no entregar una justificación sobre cómo se vulnerarían dichos derechos, el Despacho incumple ese deber constitucional de motivar la decisión, deber que esta en marcado en el escenario de una estado constitucional y democrático de derecho.

1.2.2.4. **CUARTO:** intentaré mostrar que el reconocimiento de la diferencia salarial al demandante no afecta los derechos adquiridos de nadie.

Como quedó demostrado en el punto **SEGUNDO** de la construcción de este cargo los únicos sujetos que tienen la diferencia salarial del 20% como un derecho adquirido son los soldados que fueron voluntarios pero que después fueron convertidos en soldados profesionales al ingresar a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, y no así, los soldados que nunca fueron voluntarios.

Entonces, suponiendo que el Despacho hubiera motivado dicho cargo, ni siquiera así es correcta la afirmación en confrontación con el ordenamiento jurídico, pues el hecho de reconocer la diferencia de salario para el Demandante vía el derecho fundamental de la

igualdad en la modalidad Trabajo Igual- Salario Igual, en nada, pero en absolutamente nada afecta los derechos adquiridos de los soldados voluntarios. NO porque el demandante aquí se le reconozca dicha diferencia salarial, se le va a desconocer el derecho a los que lo tienen como adquirido. Dichos sujetos y dicho derecho se mantienen incólumes al momento del reconocimiento al demandante de la igualdad salarial.

En conclusión, la premisa que utiliza el Despacho según la cual que en el caso “*de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraría los derechos adquiridos*” es una premisa materialmente incorrecta. Pues en la realidad es que nunca se vulneraría los derechos adquiridos de los sujetos que tienen dicha titularidad, al efectuarse el reconocimiento de la diferencia salarial al actor. Además de lo anterior, es una premisa que adolece de justificaciones claras, razonables, en términos de motivación, a pesar que el Despacho tiene la obligación de motivarla. Si la invocó lo mínimo que puede hacer es motivar de forma completa la eventual vulneración a dichos derechos adquiridos.

1.2.3. LA TERCERA PREMISA DEL ARGUMENTO: el Despacho considera que no se cumplen los criterios normativos, constitucionales y convencionales para acceder a las pretensiones de la demanda, porque “*de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraría (...) el principio de inescindibilidad normativa*”

Este acápite del recurso lo esbozare en la siguiente estructura: **PRIMERO:** haré referencia al contenido del *principio de inescindibilidad normativa* desde el precedente de la Honorable Corte Constitucional; **SEGUNDO:** estableceré los presupuestos sustanciales necesarios para la aplicación del *principio de inescindibilidad normativa*; **TERCERO:** mostraré como en el presente caso no se estructuran los elementos del *principio de inescindibilidad normativa*; **CUARTO:** que el Despacho desconoce que dicho principio no es absoluto y que debió motivarlo de forma completa.

1.2.3.1. **PRIMERO:** haré referencia al contenido del *principio de inescindibilidad normativa* desde el precedente de la Honorable Corte Constitucional

La Honorable Corte Constitucional en el precedente fijado en la **Sentencia T-569/15**, dijo rememorando ya precedente anterior, Sentencia T-832A de 2013, lo siguiente con relación al contenido de dicha figura

*“El texto legal así escogido debe emplearse respetando **el principio de inescindibilidad o conglobamento**, es decir, **aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece**, sin **QUE SEA ADMISIBLE ESCISIONES O FRAGMENTACIONES TOMANDO LO MÁS FAVORABLE DE LAS DISPOSICIONES EN CONFLICTO**, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido. (...) Cabe precisar, sin embargo, que **EL CRITERIO DE INESCINDIBILIDAD** o conglobamento **NO ES ABSOLUTO Y POR ELLO ADMITE DIVERSAS LIMITACIONES** atendiendo a **CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD ANALIZABLES EN CADA CASO CONCRETO**”⁹*

⁹ Sentencia T-832A de 2013. Continúa la misma providencia señalando lo siguiente: “30. Brevemente y solo a modo de ilustración es pertinente indicar que la Sala de Casación Laboral ha modulado el criterio de conglobamento o inescindibilidad en diversas ocasiones, entre ellas en (i) Sentencia 39766 del 2 de agosto de 2011(M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza) en la que estimó procedente tomar en consideración el cumplimiento del requisito de densidad de cotizaciones de la pensión de vejez, para reconocer una pensión de invalidez a una persona que no reunía los presupuestos de acceso de esta última prestación. Lo anterior a pesar de que el asunto no envolvía un problema de conflicto entre disposiciones

En precedente posterior de carácter unificado La Honorable Corte Constitucional, en **Sentencia SU023/18**, señaló que:

“(iv) Tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lugar, *per se*, al desconocimiento del principio de “inescindibilidad” o “conglobamento”, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que las disposiciones deben “aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido”^[102], **TAMBIÉN LO ES QUE AQUEL PRINCIPIO NO ES ABSOLUTO**, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De no ser así, incluso, no tendría razón de ser la aplicación del régimen de transición en materia pensional. De otra parte, advierte la Sala que, de todas formas, **DICHO PRINCIPIO ADMITE DIVERSAS LIMITACIONES POR PARTE DEL JUEZ, LAS CUALES, EN TODO CASO, TIENEN QUE SER VALORADAS ATENDIENDO A LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD.**”

Consideramos que de las dos providencias citadas se puede extraer el contenido de la inescindibilidad normativa, concepto que es pacífico en la Honorable Corte Constitucional, pues es reiterado en bastantes sentencias desde su creación hasta nuestros días.

1.2.3.2. **SEGUNDO:** estableceré los presupuestos sustanciales necesarios para la aplicación del *principio de inescindibilidad normativa*.

De la lectura anterior tenemos que se presentan como requisitos esenciales o como elementos estructurales, o presupuestos *sine qua non* para la aplicación y estructuración del *principio de inescindibilidad normativa*. Dichos elementos los podemos sintetizar así:

- i. Dos cuerpos normativos vigentes que se encuentren en conflicto, pues al interior de ellos existe disposiciones que regulan un derecho laboral de forma diferente.
- ii. Que la regulación diferente que se hace en alguno de los cuerpos normativos es más beneficiosa a los derechos del trabajador, que la regulación que se hace en el otro cuerpo normativo.
- iii. Que existe un mandato de acción para el operador judicial de aplicar el cuerpo normativo en su totalidad y de forma íntegra.

aplicables, sino la posibilidad de dar efectividad a la satisfacción del requisito de densidad de aportes de un sistema normativo más exigente (pensión de vejez), frente a otro diverso y menos arduo en la consolidación del presupuesto de cotización (pensión de invalidez) y; (ii) en Sentencia 29470 del 20 de abril de 2007 (M.P. Luis Javier Osorio) en la que el Tribunal de Casación estimó que en ausencia de disposición infraconstitucional que consagrara expresamente la obligación de actualizar el ingreso base de liquidación de la primera mesada de las pensiones de origen legal distintas a las consagradas en el sistema normativo de la Ley 100 de 1993, se apreciaba necesario aplicar la fórmula de indexación prevista en esta última legislación. (En esa dirección el Tribunal señaló: “en los casos en los cuales procede la aplicación de la indexación para el salario base de las pensiones legales, distintas a las consagradas en la ley de seguridad social, o de aquellas no sujetas a su artículo 36, causadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, deben tomarse como pautas las consagradas en la mencionada Ley 100 de 1993; esto es, actualizando el IBL anualmente con el índice de precios al consumidor”. En este punto es necesario precisar que la jurisprudencia en vigor de la Sala de Casación Laboral se opone a la indexación de la primera mesada pensional de prestaciones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, mientras que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sí ordena dicho reconocimiento incluso en prestaciones consolidadas en vigor de la Constitución de 1886. Al respecto puede ser consultada la sentencia T-259 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas), entre muchas otras)

- iv. Que existe un mandato de prohibición para el operador judicial de escindir o fragmentar el cuerpo normativo para aplicar y otorgar lo mejor de cada cuerpo normativo al trabajador.

En palabras más palabras menos, el *principio de inescindibilidad normativa* consiste en la prohibición de escindir dos cuerpos normativos para ser beneficiario de lo mejor de cada uno, creando así, un sistema normativo independiente producto de la escisión, obligando de esta manera a que la aplicación de la norma sea la de un solo cuerpo normativo o lo que es lo mismo **“aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece”**.

- 1.2.3.3. **TERCERO:** mostraré como en el presente caso no se estructuran los elementos del *principio de inescindibilidad normativa*.

En el caso concreto no se estructuran lo anteriores elementos, por lo siguiente:

- i. Con relación a la existencia de dos cuerpos normativos.

En el caso que nos convoca, **NO EXISTEN DOS CUERPOS NORMATIVOS**. Si bien se habla del contenido de la ley 131 de 1985 y del contenido del decreto 1794 de 2000, es importante señalar que solo existe una norma o cuerpo jurídico vigente y que gobierna la situación que invocamos, esto es cuerpo jurídico contenido en el decreto 1794 de 2000, por lo siguiente:

- a. La ley 131 de 1985, está derogada por el artículo 42 del decreto 1793 de 2000.
- b. El decreto 1793 de 2000, expresamente sustrajo a los antiguos soldados voluntarios del ámbito de aplicación de la ley 131 de 1985, para someterlos al gobierno de dicho decreto, que en su tenor literal señala: art 42: **“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.”** Es decir que los soldados que utilizamos como sujeto espejo, están gobernados por el decreto 1793 de 2000.
- c. En materia salarial, el decreto 1794 de 2000, de forma expresa gobierna el salario de los soldados que fueron voluntarios y que se vincularon a la carrera del decreto 1793 de 2000, en el inciso segundo de su artículo primero señala: ***“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%).”*** Es decir que los soldados que utilizamos como sujeto espejo, están gobernados por el decreto 1793 de 2000.
- d. Nótese como dicho decreto señala que *devengarán* tanto de salario. Y no dice, que seguirán regidos por lo señalado en la ley 131 de 1985, pues como hemos dicho se encuentra derogada.
- e. La misma institución en la contestación de la demanda dice, que lo que devengaban los soldados voluntarios era una bonificación mientras estaban regidos por la ley 131 de 1985, pero que, en aras de mejorar su situación salarial, se les creó un salario, el cual está regido por el inciso segundo de su artículo primero del decreto 1794 de 2000.
- f. A dichos soldados se les aplica de forma íntegra el único régimen salarial, decreto 1794 de 2000, pues de no ser así, no tendrían la posibilidad del reconocimiento de

subsidio de familia, vacaciones, prima de orden pública, cesantías y demás prebendas laborales que no están en la vigencia de la ley 131 de 1985.

- g. El demandante, en calidad de soldado profesional, está regido por el contenido del art 42: “**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.**” Es decir que tanto los soldados que fueron voluntarios como los soldados que se incorporaron de forma directa a dicha carrera administrativa está regidos por el decreto 1793 de 2000
- h. El demandante, en calidad de soldado profesional, está regido en el régimen salarial por el decreto 1794 de 2000, inciso primero de su artículo primero, que señala: “*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.”

De lo anterior se sigue que los dos sujetos comparados, están regidos por las reglas de la carrera administrativa contenidas en el decreto 1793 de 2000, y que específicamente en su art 42: señala: “**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.**”

Así mismo se sigue, que el **ÚNICO RÉGIMEN SALARIAL** establecido para los dos soldados, tanto para los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, que son el grupo de soldados espejo, como a los nuevos soldados profesionales, caso del demandante, es el contemplado en el artículo primero del decreto 1794 de 2000, repetimos el **ÚNICO RÉGIMEN SALARIAL**, que los gobierna es el mismo para ambos. No hay dos regímenes salariales, solo uno, el decreto 1794 de 2000.

- ii. Con relación a aplicar el cuerpo normativo en su totalidad y de forma íntegra.

Para ser un “poco” breves, basta aplicar el principio lógico de contradicción que señala algo así como: “Es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido” Si dijimos con anterioridad que no existe dos regímenes salariales, sino que **ÚNICO RÉGIMEN SALARIAL** establecido para los dos soldados, tanto para los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, que son el grupo de soldados espejo, como a los nuevos soldados profesionales, caso del demandante, es el contemplado en el artículo primero del decreto 1794 de 2000, entonces es claro que el único el cuerpo normativo que su totalidad y de forma íntegra debe aplicarse es el régimen salarial del decreto 1794 de 2000.

Al existir y aplicarse únicamente el régimen salarial del decreto 1794 de 2000, se no se vulnera el principio de *principio de inescindibilidad normativa*, pues falta uno de los presupuestos necesarios de dicho principio como lo estamos demostrando.

- iii. Con relación al mandato de prohibición para el operador judicial de escindir o fragmentar el cuerpo normativo para aplicar y otorgar lo mejor de cada cuerpo normativo al trabajador

Hay uno solo régimen salarial, la Ley 131 de 1985, está derogada. El artículo primero del decreto 1794 de 2000, es el único que gobierna el régimen salarial, entonces no hay escisión normativa, no se fragmenta la unidad de dicha norma.

Al recocerse la diferencia salarial, el Despacho, no tiene que acudir a normas diferentes a las contenidas en el decreto 1794 de 2000, pues este es el único que gobierna el régimen salarial de los dos sujetos a comparar.

1.2.3.4. **CUARTO:** que el Despacho desconoce que dicho principio no es absoluto y que debió motivarlo de forma completa.

Es frustrante la forma como el Despacho desarrolla la argumentación de la sentencia. Utiliza la figura el *principio de inescindibilidad normativa* sin tomarse la molestia de argumentarlo de forma completa y clara. Su argumentación con relación a dicho principio es brilla por su ausencia. Es sumamente peligrosa dicha conducta en un esta constitucional de derecho.

Supongamos que el de *principio de inescindibilidad normativa* resultare vulnerado en el evento del reconocimiento de la diferencia salarial del demandante. Esto es, que, en este proceso, si se estructurara los elementos de dicho principio. Solo supongámoslo. Aun así, el despacho no podía haber negado las pretensiones de la demanda, argumentado solo la violación a dicho principio, pues dicho principio no tiene la condición de ser absoluto, y debía en tal caso, el despacho valorar las circunstancias que lo limitan en el presente caso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Como nos lo dijo la **Sentencia T-569/15:**

“EL CRITERIO DE INESCINDIBILIDAD o conglomeramento NO ES ABSOLUTO Y POR ELLO ADMITE DIVERSAS LIMITACIONES atendiendo a CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD ANALIZABLES EN CADA CASO CONCRETO”

Y también la **Sentencia SU023/18,**

“DICH0 PRINCIPIO ADMITE DIVERSAS LIMITACIONES POR PARTE DEL JUEZ, LAS CUALES, EN TODO CASO, TIENEN QUE SER VALORADAS ATENDIENDO A LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD”

Se pregunta el suscrito apoderado, si para el Despacho “de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraría (...) el principio de inescindibilidad normativa” donde está la motivación por la cual se entiende que, a pesar de las posibles limitaciones del principio invocado, el despacho encontró que, aun **ATENDIENDO A LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD**, dicho principio de inescindibilidad normativa se vulneraría.

No motivó eso. NO puede la sentencia responder a las preguntas: ¿Cuál fue la razonabilidad que permitió entender que principio de inescindibilidad normativa sería vulnerado de acogerse las pretensiones de la demanda? ¿Cuál fue la proporcionalidad que permitió entender que principio de inescindibilidad normativa sería vulnerado de acogerse las pretensiones de la demanda? Nada de esto se puede entender justificado en la motivación de la sentencia, pues la misma brilla por su ausencia con respecto a este tópic0 invocado por el Despacho.

Continuando con la misma suposición que los elementos esenciales del *principio de inescindibilidad normativa* se estructuren dentro del plenario, hay que al menos preguntarnos, si a partir de que no es absoluto, se puede limitar por el principio de razonabilidad, por ejemplo:

En cuyo caso, surge la pregunta: ¿a la luz del contenido del derecho fundamental de la igualdad, del mínimo vital, de la dignidad humana, del derecho del trabajo, del trabajo igual salario igual, se justifica tener a un servidor publico ejecutado las mismas funciones que otro en el mismo cargo, por un salario inferior? ¿limitar el *principio de inescindibilidad normativa* en aras de garantizar el derecho fundamental de la igualdad salarial, no es razonable a la luz de los principios fundamentales de la constitución publico ya enunciados?

Esas son las preguntas que debía responder el Despacho, si hubiera cumplido con la carga argumentativa necesaria para la expedición de las providencias judiciales, de forma especial una sentencia de fondo.

Siguiendo el mismo razonamiento, pero en relación con el principio de proporcionalidad. El Despacho, para justificar el uso del *principio de inescindibilidad normativa* debió preguntarse y responder al menos preguntas como, ¿limitar el *principio de inescindibilidad normativa* en aras de garantizar el derecho fundamental de la igualdad salarial, no es garantizar el principio del pago del salario proporcional a un servidor publique que tiene demostrado que hace el mismo trabajo en calidad y cantidad que otros, y, aun así, recibe un salario desproporcional?

Con el debido respeto, pero no se trata de utilizar frases y figuras jurídicas para salir del paso en la argumentación jurídica de la sentencia. Se trata de utilizarlas y dar explicación y cuenta de como la aplicó de acuerdo a la tesitura de cada figura utilizada. Aquí el Despacho utiliza el *principio de inescindibilidad normativa* sin tener la generosidad de analizar su tesitura, y su estructuración en el proceso.

A manera de conclusión con lo relacionado a la afirmación del Despacho según la cual “*de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraria (...) el principio de inescindibilidad normativa*” debemos manifestar varias cosas:

- El Despacho incurre en vicios in procedendo, pues la motivación que presenta en la sentencia es insuficiente, en algunos puntos totalmente ausente, con lo que demanda la institución jurídica del *principio de inescindibilidad normativa*.
- Qué es materialmente incorrecto afirmar que “*de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraria (...) el principio de inescindibilidad normativa*” pues solo existe un único cuerpo normativo, que contiene el **ÚNICO RÉGIMEN SALARIAL**, que gobierna el salario de los sujetos comparados, contenido el artículo 1 del decreto 1794 de 2000, y que al existir tal situación, no se presenta el fenómeno de la escisión normativa o fragmentación, para buscar aplicar una regla específica contenida en otro cuerpo normativo que resultase beneficiosa a los intereses del demandante.
- Que incluso en el evento en que hubiera dos cuerpos y que se buscare la aplicación una regla específica contenida en otro cuerpo normativo que resultase beneficiosa a los intereses del demandante, el mismo es procedente a la luz de “**LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD**” que quedaron huérfanos de motivación en la sentencia.

Por todo lo anterior, le ruego al Honorable Tribunal la corrección *in iure* de la sentencia, pues la premisa de relacionada con el *principio de inescindibilidad normativa*, utilizada en la sentencia, resultó ser una premisa materialmente incorrecta.

1.2.4. LA CUARTA PREMISA DEL ARGUMENTO: el Despacho considera que no se cumplen los criterios normativos, constitucionales y convencionales para acceder a las pretensiones de la demanda, porque *“de acceder a las pretensiones de la demanda se vulneraría (...) se generaría una tercera norma beneficiosa para el demandante”*

Para estructurar el presente cargo, propongo el siguiente esquema: **PRIMERO:** se mostrará como el Despacho, en la sentencia, incurre en una la falta absoluta de motivación sobre dicho tópico *“se generaría una tercera norma beneficiosa para el demandante”*; **SEGUNDO:** se argumentará sobre la incorrección material de la premisa:

1.2.4.1. **PRIMERO:** se mostrará como el Despacho, en la sentencia, incurre en una la falta absoluta de motivación sobre dicho tópico *“se generaría una tercera norma beneficiosa para el demandante”*;

En ninguna parte de la sentencia, el despacho explica motiva la afirmación hipotética de la eventual creación de *“una tercera norma beneficiosa para el demandante”*, al invocar esto como un criterio para negar los derechos del demandante, lo mínimo que debe hacer el despacho, es explicar la eventual configuración de dicha tercera norma. Y eventual, porque el Despacho está argumentando con el tiempo de futuro condicional, de ahí que sea hipotético.

Esa motivación, que no esgrime, exige que sea suficiente, que sea coherente que cumpla el estándar de razonabilidad, de ausencia de capricho y de arbitrariedad. Lo mínimo que le exige al Despacho argumentar es, en grado del criterio de suficiencia, a manera de ejemplo:

Los elementos de la supuesta *“tercera norma beneficiosa para el demandante”* y para ello, necesariamente debió explicar el origen de dicha norma. Lo que implica que para el usuario de la administración de justicia debió quedar resueltas las preguntas tales como: ¿Cuál es la primera norma que el despacho asume como aplicable? ¿Cuál es la segunda norma que el Despacho se niega a aplicar? ¿Cuál es la tercera norma que *se generaría*? Eso es lo mínimo que exige el criterio de suficiencia de la motivación.

En términos del criterio de razonabilidad, debió justificar como esa creación de la supuesta *“tercera norma beneficiosa para el demandante”* iría en contra o sería incompatibles con el marco axiológico, deóntico y consecuencialista definido en la Constitución. Eso faltó en la motivación de la sentencia, y ello conlleva la violación del derecho a obtener una decisión motivada. Razón por la cual se debe corregir dicha acción del Despacho, pues su tarea no es traer instituciones jurídicas o afirmación de *“cajón”* sino motivarlas de acuerdo a los *“cánones de interpretación y aplicación de las leyes aceptados por la jurisprudencia, por la doctrina y por los escenarios académicos, a través de los cuales el destinatario de la administración de justicia sepa cuáles fueron los motivos por los cuales se aceptaron o se negaron las pretensiones de la demanda”*¹⁰

1.2.4.2. **SEGUNDO:** se argumentará sobre la incorrección material de la premisa

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA NOVENA ESPECIAL DE DECISIÓN CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre dos mil veintiuno (2021). Referencia: Recurso extraordinario de revisión. Radicación: 11001 03 15 000 2019 03823 00

Vimos que existe un solo un único cuerpo normativo, que contiene el **ÚNICO RÉGIMEN SALARIAL**, que gobierna el salario de los sujetos comparados, contenido el artículo 1 del decreto 1794 de 2000, razón por la cual es incorrecto afirmar que “*se generaría una tercera norma beneficiosa para el demandante*” porque ni siquiera hay una segunda para hacer la mezcla que produzca *una tercera norma*.

Ahora, si el Despacho asimila “*tercera norma*” con la regla fijada en la parte resolutive de la sentencia de reconocimiento del derecho, en el planteado, y se niega a reconocer los derechos del demandante por esa “*tercera norma*”, estaríamos en el escenario de la irrazonabilidad, pues es esa la esencia de la sentencia judicial crear una nueva de derecho aplicable al caso concreto.

Ahora, si el Despacho asimila “*tercera norma*” con la regla creada a partir de la aplicación, al caso concreto, de los principios constitucionales invocados en la demanda, sería tanto o más irrazonable que el anterior escenario, pues esa es la función de la excepción de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, que consiste en la aplicación directa de normas de carácter superior a la que realmente regula el caso.

de esto podemos concluir que:

- es materialmente incorrecto afirmar que: “*se generaría una tercera norma beneficiosa para el demandante*”, porque no se va a crear una “*tercera norma*” en sentido estricto, pues solo existe un cuerpo jurídico de inferior jerarquía de la constitución que es el que regula el régimen salarial de los dos soldados, y no existe un segundo cuerpo normativo, necesario para producir “*una tercera norma beneficiosa para el demandante*”.
- es materialmente incorrecto afirmar que: “*se generaría una tercera norma beneficiosa para el demandante*”, si se asimila dicha “*tercera norma*”, con la regla creada en la sentencia para el caso concreto, o con la aplicación de las normas contenidas de principios ius fundamentales, pues esa es la esencia tanto del proceso judicial como de las excepciones invocadas en las pretensiones subsidiarias de la demanda.

A MANERA DE CONCLUSIÓN GENERAL DEL PRESENTE CARGO tenemos que: **i)** los sujetos que se le proponen al Despacho para el juicio de comparación con relación a la diferencia salarial del 20%, si tienen las mismas calidades, pues ambos, son miembros de la carrera administrativa del decreto 1794 de 2000, art. 42. Art. 5, Parágrafo, en el único cargo de SOLDADOS PROFESIONALES; **ii)** que de reconocerse la diferencia salarial al demandante en nada afecta los derechos adquiridos de los soldados profesionales que tiene dicha titularidad, pues ese derecho no se verá afectado con el reconocimiento de la igualdad al demandante; **iii)** que el único cuerpo normativo que regula el régimen salarial de los dos sujetos comparados es el contenido en el artículo 1 del decreto 1794 de 2000, lo que implica que de hacerse el reconocimiento de la diferencia salarial, no se aplica la Ley 131 de 1985, pues la misma se encuentra derogada y de contera no se viola el *principio de inescindibilidad normativa*; **iv)** que incluso en el evento de existir dos cuerpos normativos, esto es, decreto 1794 de 2000 y Ley 131 de 1985, ambos aplicables al caso, el *principio de inescindibilidad normativa* no es absoluto y admite una valoración de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; **v)** que en el evento de existir dos cuerpos normativos, para el presente caso, resulta proporcional y razonable limitar el *principio de*

inescindibilidad normativa, en aras de la garantía de los derechos fundamentales de igualdad, de trabajo igual- salario igual, de dignidad, de pago proporcional del trabajo, y demás principios constitucionales que gobiernan la relación laboral; **vi)** que el reconocimiento de la diferencia salarial para el demandante no implica la creación de “una tercera norma” pues para ello se deben mezclar, mínimo dos normas, y como vimos solo una es la norma que gobierna el régimen salarial de los dos sujetos comparados, y que la creación de una regla para el caso concreto en la sentencia, a causa de la aplicación de los principios constitucionales, resulta ser un escenario compatible con el marco axiológico, deóntico y consecuencialista definido en la Constitución.

Por lo anterior, de forma respetuosa le ruego al Honorable Tribunal Administrativo que revoque la sentencia, pues la misma resulta estar fundamentada en premisas incorrectas e irrazonables con el ordenamiento jurídico vigente. Al margen de las falencias de la motivación que se presentan en la sentencia que serán denunciadas en la solicitud de nulidad de la sentencia.

1.3. CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: Acuso a la Sentencia de desconocer e ignorar 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*.

Antes de explicar cuáles fueron los sujetos que se le pidió al Despacho que comparara fueron los siguientes, 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 2000.¹¹

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.

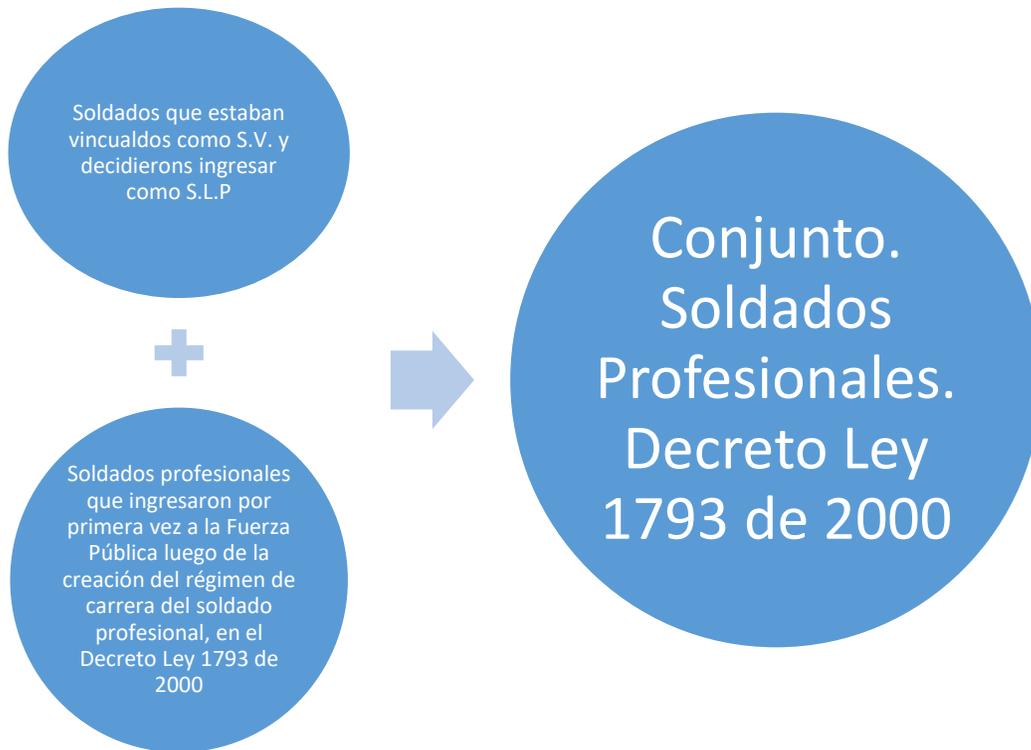
Los soldados que se le pide al Despacho que compare con mi poderdante, son únicamente los soldados que ingresaron a la carrera administrativa del decreto 1794 de 2000, ya que son ellos, y solo ellos, los que se encuentran en las mismas condiciones que mi poderdante. El Despacho desconoce este pedido 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.

¹¹ 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.

Razón tiene el Despacho al señalar que “Como se observa, y se insiste, normativamente hablando, existe una diferenciación entre los soldados que prestaban su servicio militar voluntario vinculados mediante la Ley 131 de 1985 y aquellos soldados profesionales que se vincularon en vigencia del Decreto 1793 de 2000, atendiendo el concepto de derechos adquiridos logrados por los primeros.” Pero la afirmación no es aplicable al caso, por eso el desconocimiento del thema petendi de la demanda. La comparación, es únicamente entre soldados profesionales. Lo que pasa es que uno de esos soldados fue voluntario el otro no lo fue. La comparación no es, como lo pretende el Despacho, entre soldado profesional, y soldado voluntario que no se vinculó a la carrera administrativa del Decreto 1793 de 2000.

El Desconocimiento del thema petendi de la demanda, se hace más evidente en la afirmación del Despacho esgrimida en la sentencia:

“Es decir, concebir como iguales, a soldados voluntarios y profesionales, en materia prestacional, que es lo que se demanda a través del presente proceso, sería desconocer la condición histórica de aquellos que en su momento sufrieron una visible desprotección en materia de derechos laborales, que en suma afectarían lo que hoy son derechos fundamentales (...)”

Esto hay que repetirlo hasta la saciedad, en la demanda nunca, pero nunca le pedimos al Despacho la comparación entre “soldados voluntarios y profesionales” no es correcta la afirmación del despacho “que es lo que se demanda a través del presente proceso”.

Desde los mismos hechos de la demanda, se le dijo con absoluta claridad al Despacho:

“HECHO 8. La carrera administrativa de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, está conformada por los soldados voluntarios que manifestaron su

intención de ingresar y fueron aceptados, y por los nuevos soldados profesionales, es decir los que nunca fueron soldados voluntarios.”

“HECHO 9. Los soldados voluntarios una vez incorporados a la carrera administrativa de los soldados profesionales, pasaron a ser soldados profesionales en las mismas condiciones que los nuevos soldados que se incorporaron y nunca fueron soldados voluntarios.”

“HECHO 10. El Ejecutivo, en el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, estableció como función de los Soldados Profesionales, incluyendo a los que se incorporaron siendo soldados voluntarios, de actuar para la ejecución de operaciones militares, sin importar si son para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”

“HECHO 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.”

“HECHO 20. 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.”

“HECHO 21. Mi poderdante se encuentra en una situación de Discriminación Salarial FRENTE A LOS SOLDADOS PROFESIONALES QUE SE INCORPORARON A LA MISMA CARRERA ADMINISTRATIVA, PERO QUE YA HACÍAN PARTE DE LA INSTITUCIÓN, (SOLDADOS VOLUNTARIOS) a pesar que de reciben y ejecutan las mismas funciones, pues nunca ha recibido el salario proporcional a su trabajo.”

Desde el concepto de violación enunciado en la demanda, se le dijo con claridad al Despacho:

“Se tiene así que el **Grupo A**, está conformado por **los anteriormente llamados soldados voluntarios y hoy llamados soldados Profesionales**. Grupo que ingresó a las Fuerzas Militares bajo el régimen legal de la Ley 131 de 1985, y que por expresa orden de carácter legal, fueron **más adelante llamados soldados profesionales, con las implicaciones legales de su estatuto de carrera administrativa.**

De igual forma, se tiene que el **Grupo B**, está conformado **por los soldados profesionales que no tuvieron la calidad de soldados voluntarios**. El hecho de acabarse la opción de pertenecer a las Fuerzas Militares en calidad de Soldados Voluntario, dejó la única posibilidad de pertenecer a dicha Fuerzas solo en calidad de Soldados Profesional.”

De la simple comparación entre la afirmación del Despacho, y la realidad del contenido de la demanda, se observa con absoluta claridad que lo dicho por parte del Despacho, es totalmente ajeno. Siempre se pretendió en el proceso la comparación entre dos soldados profesionales, ambos vinculados a la misma carrera administrativa, en el único cargo, esto es Soldados Profesionales regidos por el decreto 1793 de 2000, y nunca, pero nunca, se le pidió en la demanda la comparación “soldados voluntarios y profesionales”. Eso no se hizo jamás, porque entre otras cosas, no es procedente, habida cuenta que son figuras jurídicas diferentes.

1.4. CARGO TERCERO 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 Decreto 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 mimas condiciones de responsabilidad y formación.

Entonces, a título de conclusión, y con base en todo lo anterior, el demandante si es pasible 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 los 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 igual¹²;

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.

1.5. CARGO CUARTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: La sentencia se de Unificación del Honorable **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.** Cartagena de Indias D. T. y C., 25 de agosto de 2016 No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001 No. Interno: 3420-2015, no tiene vocación de ser aplicada al caso que nos convoca, por tal razón, el Despacho yerra en dicha aplicación.

DEMOSTRACIÓN:

1. SOBRE EL CONTENIDO DE UNA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE FORMA GENERAL.

a. Teoría general de la sentencia de unificación.

Para la producción de una sentencia de unificación, se parte de unos hechos concretos, que han sido calificados jurídicamente de forma diferente, por los respectivos operadores judiciales. Sobre los mismos hechos, una parte de los jueces extiende los efectos jurídicos de la norma invocada, y otra parte, se niega a extender los efectos jurídicos de la norma. Ambos grupos de jueces, presentan una argumentación que permite justificar la conclusión a la que llegaron.

Los órganos de cierre, a través de la unificación de jurisprudencia, buscan definir si para esos mismos hechos, procede o no, la aplicación de las consecuencias jurídicas que estipula la norma. Y presentan una argumentación que les permite dar cuenta de la justificación de la decisión que se ha adoptado.

La consecuencia jurídica de la sentencia de unificación es que todos los operadores jurídicos, deben extender sus efectos, aplicar la interpretación que se unificó a los futuros casos, que tengan hechos iguales o similares, con la excepción de que apartarse de dicha argumentación, les implica una carga argumentativa superior que justifique su desacatamiento.

¹² “**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.*”

Con el debido respeto del Honorable Despacho, proceso a presentar de forma gráfica el contenido de la sentencia de unificación con relación a los hechos jurídicamente relevantes del caso a partir del cual se unificó la argumentación.

HECHOS CONCRETOS	
Hecho X.	
Hecho Y.	
Hecho Z.	
TESIS INTERPRETATIVA “A”.	TESIS INTERPRETATIVA “B”.
Para los hechos:	Para los hechos:
Hecho X.	Hecho X.
Hecho Y.	Hecho Y.
Hecho Z.	Hecho Z.
TESIS ARGUMENTATIVA “UNIFICADA” POR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN	
Para los hechos:	
Hecho X.	
Hecho Y.	
Hecho Z.	

- b. Una sentencia de unificación solo tiene autoridad frente al caso resuelto y con aquellos que tiene características esenciales.

En el diseño institucional que erigió la Constitución Política de 1991 se organizó la rama judicial, siendo órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el Honorable Consejo de Estado. Por norma procesal, dicho órgano de cierre tiene la facultad legal de emitir sentencias de unificación. Se entiende por tal, la sentencia que resuelve sobre los hechos concretos de un caso particular, una interpretación judicial determinada que permite resolver de forma unánime dicha problemática que se presenta en la aplicación del derecho para hechos similares.

En otras palabras, a partir de unos hechos concretos, específicos, sobre los cuales hay en principio dos tesis jurídicas diferentes, para la aplicación de la consecuencia jurídica, es que se unifica, se determina un solo criterio para que en adelante hechos similares sean resueltos con la regla que se fija en la sentencia de unificación.

Esto para decir, el Honorable Consejo de Estado, en las sentencias de unificación no usurpa las funciones del congreso de la república, estableciendo reglas generales, hipotéticas y abstractas, sino que se limita a la resolución de un caso concreto, con hechos debidamente demarcados y delimitados.

2. DEL CONTENIDO DE LA LA SENTENCIA SE DE UNIFICACIÓN DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. CARTAGENA DE INDIAS D. T. Y C., 25 DE AGOSTO DE 2016 NO. DE REFERENCIA: CE-SUJ2 85001333300220130006001 NO. INTERNO: 3420-2015

a. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN.

Como lo venimos diciendo, lo que habilita al órgano jurisdiccional de cierre para proferir una sentencia de unificación es una interpretación disímil de los efectos jurídicos de una norma, para unos hechos concreto. En esta oportunidad pretendemos mostrarle al Honorable Despacho, los hechos que sirvieron de sustrato fáctico a la sentencia mencionada.

<p>Hechos jurídicamente relevantes en la Sentencia de Unificación¹³ del 25 de agosto de 2016</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1) Demandante que ostentó la calidad de soldado voluntario y por tanto regido por la Ley 131 de 1985. 2) Que la Ley 131 de 1985, le estableció como básico el SMMLV incrementado en su 60%. 3) Que con posterioridad fue incorporado a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, es decir, ingresó a la carrera de los soldados profesionales, en calidad de soldado profesional. 4) Que la norma del decreto 1794 de 2000 le recoció como asignación básica la misma que tenía antes de ser voluntario, esto es un salario básico conformado por el SMMLV incrementado en 60%. 5) Que, en noviembre del año 2003, la institución dejó de pagarle salario básico conformado por el SMMLV incrementado en 60%, y pasó a pagarle salario básico disminuido y conformado por el SMMLV incrementado en 40%. 6) Que dicho salario, del básico formado por un SMMLV incrementado en 60%, ha tenido
---	---

¹³ **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.** Cartagena de Indias D. T. y C., 25 de agosto de 2016 No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001 No. Interno: 3420-2015

	siempre la naturaleza jurídica de ser un derecho adquirido.
--	---

b. CRITERIO JURÍDICO UNIFICADO

El núcleo esencial de dicha sentencia, es que la actuación de la institución de pagarle el salario básico conformado por el SMMLV incrementado en 40% al soldado que había sido soldado voluntario era violatoria de los Derecho Adquiridos¹⁴, y con base en tal argumento, tomó la decisión de unificar la jurisprudencia con relación a los soldados voluntarios, en los siguientes términos:

PRIMERO.	<i>“UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación de la Ley 131 de 1985, fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.”</i>
Aclaración: auto del 6 de octubre de 2016, en los siguientes términos:	PRIMERO.- Por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia, ACLARAR el numeral 1.º de la parte resolutive de sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016, el cual quedará así: <i>«PRIMERO. - UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación del Decreto Ley 1793 de 2000, fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengarán un</i>

¹⁴ “Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,81 derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 199282 y el Decreto Ley 1793 de 2000, 83 consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos” **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.** Cartagena de Indias D. T. y C., 25 de agosto de 2016 **No. de referencia:** CE-SUJ2 85001333300220130006001 **No. Interno:** 3420-2015

	salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.»
--	---

c. COSA JUZGADA UNIFICADA DE LA SENTENCIA EN MENCIÓN.

Siguiendo los postulados de la doctrina, tenemos que la cosa juzgada, es cosa juzgada, cuando los siguientes tópicos han quedado definidos en la sentencia judicial. En la literatura jurídica colombiana especializada sobre el contenido de la cosa juzgada, se encuentran los siguientes criterios que delimitan la cosa juzgada: 1. *La même chose demandé*; 2.; *La même cause*; 3. *les mêmes parties*. 3. *Les mêmes qualités*¹⁵ En aras de una actitud pedagógica me permito exponer al Despacho la configuración de los elementos de la cosa juzgada de la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016:

<i>La même chose demandé ; « eadem res »</i> bien jurídico disputado en el proceso.	La cosa que fue demandada en esta oportunidad fue el reajuste del salario incrementado en un 20% que estaba señalado en la Ley 131 de 1985 y reiterado en el decreto 1794 de 2000.
<i>La même cause ; « eadem causa petendi »</i> motivo por el cual se demanda- el conjunto de hechos jurídicos sobre los que el actor basa su pretensión.	El hecho fundamental que gestó la demanda fue el Descuento que la institución le realizó a los soldados cobijados por la Ley 131 de 1985, del 20% en el salario mensual que devengaban.
<i>Les mêmes parties ; « eadem partis »</i> identidad jurídica de partes	Las partes del proceso que originó la sentencia de Unificación, por un lado, fueron los <u>SOLDADOS QUE FUERON VOLUNTARIOS</u> ; y por el otro, <u>EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN</u>

¹⁵ “que la chose demandée soit la même; que la demanda soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité” MURCIA BALLEEN, Humberto: Recurso de Revisión civil, Editorial Temis. 1981. Pág. 90-91

<p><i>Les mêmes qualités; « eadem qualitatis »</i> misma calidad de parte, tanto en activa como en pasiva.</p>	<p>En esa oportunidad, los SOLDADOS QUE FUERON VOLUNTARIOS actuaron como demandantes, es decir extremo activo de la litis; y el EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN actuó como demandante, es decir extremo pasivo de la litis.</p>
--	--

A manera de conclusión, tenemos que: 1. La cosa que fue demandada en aquella oportunidad fue el reajuste del salario incrementado en un 20% que estaba señalado en la Ley 131 de 1985 y reiterado en el decreto 1794 de 2000; 2. El hecho fundamental que gestó la demanda, fue el Descuento que la institución le realizó a los soldados cobijados por la Ley 131 de 1985, del 20% en el salario mensual que devengaban; 3. Las partes del proceso que originó la sentencia de Unificación, por un lado, fueron los **SOLDADOS QUE FUERON VOLUNTARIOS**; y por el otro, **EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN**; 4. los **SOLDADOS QUE FUERON VOLUNTARIOS** actuaron como demandantes, es decir extremo activo de la litis; y el **EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA-NACIÓN** actuó como demandante, es decir extremo pasivo de la litis.

d. SOBRE A **RATIO DECIDENDI** DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 25 DE AGOSTO DE 2016

Antes de identificar la *ratio decidendi* o *holding* de la sentencia de unificación que nos convoca miremos un concepto jurisprudencial, del Honorable Consejo de Estado, sobre el contenido de dicha figura, por la que se define o se entiende como:

*“(...) ha de entenderse por precedente judicial vinculante únicamente la ratio decidendi de una sentencia en la cual el Consejo de Estado haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, y que dicha **RATIO DECIDENDI SE DEFINE COMO EL FUNDAMENTO JURÍDICO-NORMATIVO DIRECTO Y RAZÓN SUFICIENTE DE LA DECISIÓN MATERIAL ADOPTADA**¹⁶ en su parte resolutive, en términos específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico”¹⁷*

Así las cosas, con absoluto respeto por el Honorable Despacho, entiendo a partir de la lectura de la pluricitada sentencia, que **“EL FUNDAMENTO JURÍDICO-NORMATIVO DIRECTO Y RAZÓN SUFICIENTE DE LA DECISIÓN MATERIAL ADOPTADA”** de la decisión que se tomó, para el reconocimiento de la diferencia salarial del 20% de los soldados que fueron voluntarios, tiene que ver con el **RESPETO POR LOS DERECHOS ADQUIRIDOS**. A la conclusión se llega, a partir de la lectura integral de la sentencia, y del contenido literal de la misma que señala:

*“En ese sentido, **INTERPRETA LA SALA, CON EFECTO UNIFICADOR**, que el Gobierno Nacional, **al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales** en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, 78 en aplicación del principio **DE RESPETO POR LOS***

¹⁶ Énfasis fuera del texto original.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, “Sentencia del 9 de abril de 2014”, M. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00 (3918-13).

DERECHOS ADQUIRIDOS, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”¹⁸

Así tenemos que, la justificación que se presenta en la sentencia de unificación, para el pago de la “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%” para los soldados que se habían vinculado a la institución en vigencia de la Ley 131 de 1985, y a quienes en el año 2003 la institución les redujo su salario mensual al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40%, es la figura jurídica de la protección y “**RESPECTO POR LOS DERECHOS ADQUIRIDOS**”, esta repetimos, es el alma de la sentencia.

e. **REFERENCIA A LOS SOLDADOS PROFESIONALES EX NOVO EN LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN.**

A pesar de que la sentencia de unificación es causada por los hechos atinentes a los soldados voluntarios, en la misma, se hace mención a los soldados profesionales *ex novo* básicamente por dos razones: 1. La primera para analizar la figura de los soldados voluntarios teniendo como valor de referencia los soldados *ex novo*; 2. Para recalcar la justificación de la tesis del “**RESPECTO POR LOS DERECHOS ADQUIRIDOS**” de los soldados voluntarios, en el sentido de mostrar que ello no era así para los soldados *ex novo*. Con respeto por el Honorable Despacho, presento la siguiente justificación de lo que se ha afirmado.

a. *La fecha de vinculación como un valor de referencia en la sentencia de unificación.*

Encuentra la Sala que la fecha de vinculación de los soldados voluntarios frente a la fecha de vinculación de los soldados *ex novo* es una diferencia objetiva que debe ser remarcada en la sentencia de acuerdo a la concreción de la ratio, dice la Sala que:

“(...) a partir de lo normado en el Decreto Ley 1793 de 2000,72 pese a ostentar el mismo rango de soldados profesionales, los enunciados normativos analizados distinguen en este género de uniformados dos categorías en virtud de las diferencias objetivas que estipulan dichas normas en cuanto A SU VINCULACIÓN, ESTO ES, LA ANTIGÜEDAD DE UNOS Y LA NOVEDAD DE OTROS”

(...)

*Esta subdivisión dicotómica de los soldados profesionales: entre quienes se vincularon *ex novo* a partir del 1º de enero de 2001 y los que encontrándose enlistados a las Fuerzas Militares antes del 31 de diciembre de 2002 fueron posteriormente incorporados al nuevo régimen, además DE SER EXPRESIÓN DE LA REALIDAD OBJETIVA que caracterizó a la vinculación de cada grupo, tiene efectos salariales, como pasa a explicar la Sala (...)*

¹⁸ Énfasis fuera del texto original.

Respetuosamente ruego la atención sobre el siguiente punto, con la finalidad de que sea justamente entendida la motivación de la sentencia, y después presentarle al Despacho como dicha motivación no es aplicable al caso que origina esta demanda.

- b. *La fecha de la vinculación de los soldados a la institución como un elemento esencial en de los **“RESPETO POR LOS DERECHOS ADQUIRIDOS”** ratio decidendi de la sentencia.*

Cuando se habla de prescripción, sea adquisitiva o extintiva, el paso del tiempo es un elemento esencial para determinar la aplicabilidad de alguna de dichas figuras, o en caso contrario, para determina su falta de realización. Siempre es el tiempo quien demarca dicha figura, pues la esencia de la misma es sancionar el transcurrir del tiempo.

Al momento de analizar la figura de los derechos adquiridos podemos hacer un estudio analógico, *mutatis mutandi*, desde las instituciones de la prescripción, ya se extintiva o adquisitiva, en donde el transcurrir del tiempo es quien determina el reconocimiento o no de un derecho adquirido.

La fecha de vigencia de un régimen laboral, es de suma importancia para la teoría de los derechos adquiridos, pues ella nos delimita, objetivamente, quienes han adquirido el derecho en el tiempo, y quienes no lo han hecho, ya sea porque tienen expectativas legítimas o porque no lo pueden adquirir.

Las situaciones jurídicas que se consolidan antes de finalizar el marco temporal de una norma jurídica, deben ser amparadas bajo la figura del derecho adquirido. Es en ese sentido, en el que el tiempo es realmente un factor objetivo, que permite incluir determinada situación jurídica bajo el amparo del derecho adquirido, o excluirla de forma absoluta, aunque, existe la figura jurídica de la expectativa legítima, de la que no se hace eco en la presente discusión.

Solo de esta manera, para los efectos del **“RESPETO POR LOS DERECHOS ADQUIRIDOS”** es que la fecha, época de vinculación del funcionario a la institución tiene un valor objetivo, pues el mismo es esencial para la figura del derecho adquirido, no así para otras figuras dentro de la relación laboral, donde puede ser un elemento meramente formal.

Como lo vimos arriba, la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación invocada, es *“aplicación del principio **DE RESPETO POR LOS DERECHOS ADQUIRIDOS”**”* y es en este marco que la fecha de vinculación se torna en un criterio objetivo para determinar o no la adquisición de un derecho.

Es el momento de afirmar, que en la demanda que nos convoca nunca se ha pretendido el reajuste salarial por ser un derecho adquirido del demandante, razón por la cual, la fecha de vinculación deja de ser un criterio objetivo para convertirse en un criterio formal, lo que hace, que la sentencia de unificación sea una vez más inaplicable al presente caso.

- f. **DIFERENCIA ENTRE LA FECHA DE VINCULACIÓN A LA ENTIDAD Y LA FECHA DE VINCULACIÓN A UN CARGO DENTRO DE LA ENTIDAD.**

- a. *Naturaleza objetiva de la fecha de vinculación a la entidad a la luz de los derechos adquiridos.*

Como ya hemos visto y dicho, el paso del tiempo es un criterio objetivo cuando se habla de un derecho adquirido, pues, la ubicación en el tiempo de terminado acto jurídico nos determina el ingreso o no del derecho al patrimonio del trabajador. Siendo, así las cosas, el tiempo es un elemento objetivo en el mundo del **“RESPECTO POR LOS DERECHOS ADQUIRIDOS”**

- b. *Naturaleza formal, de la fecha de vinculación a un cargo dentro de la entidad a la luz del derecho fundamental de la igualdad en la Trabajo Igual-Salario Igual, pago proporcional del salario, y el principio de la realidad sobre las formas, todos de raigambre constitucional.*

Para no hacer extenso lo que se quiere decir en esta oportunidad, la Honorable Corte Constitucional en un caso donde la demandante, servidora pública en la Fiscalía General de la Nación, con relación a unos cargos manifestaba que *“la equivalencia legalmente establecida no puede ser exigida para el cumplimiento de requisitos, así como el desempeño de sus responsabilidades, y no tenerse en cuenta para el pago del salario, pues con ello no sólo se desconoce el principio de igualdad sino el que señala que a trabajo igual salario igual”* y la entidad demandada justificaba su trato desigual en argumentando que: *“los servidores públicos que se posesionen con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4040 de 2004 no tienen derecho a la bonificación de gestión judicial, que por el contrario sí reciben quienes venían ejerciendo la misma función”*.

Realidad de la demandante	Argumento de defensa de la entidad demandada.
<i>“la equivalencia legalmente establecida no puede ser exigida para el cumplimiento de requisitos, así como el desempeño de sus responsabilidades, y no tenerse en cuenta para el pago del salario, pues con ello no sólo se desconoce el principio de igualdad sino el que señala que a trabajo igual salario igual”</i>	<i>“los servidores públicos que se posesionen con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4040 de 2004 no tienen derecho a la bonificación de gestión judicial, que por el contrario sí reciben quienes venían ejerciendo la misma función”</i>

En la resolución de dicho caso, la Honorable Corte Constitucional definió la naturaleza jurídica de la fecha de vinculación en el contexto del juicio de igualdad en la modalidad trabajo igual salario igual en los siguientes términos:

*“La 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, MENOS SI**, como sucede en el asunto que se examina, **el cargo ha sido asimilado a otro para todos los efectos**, en virtud de un acto administrativo general y abstracto proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (Acuerdo 273 de 1998), que se encuentra vigente, y por tanto goza de la presunción de legalidad. El intérprete de las normas jurídicas cuando se trata del reconocimiento de derechos laborales de los trabajadores, debe estar orientado a la*

realización de los fines del Estado y no a su quebrantamiento o ruptura pues con ello se resquebraja toda la filosofía que orienta el Estado Social de Derecho.” T-097 de 2006

A manera de conclusión, la fecha de vinculación de un trabajador al empleo, tiene un valor objetivo, cuando se trata de establecer derechos adquiridos;

Pero la fecha de vinculación a un cargo dentro de la entidad es solo un criterio formal, que no justifica el trato de salario desigual, cuando estamos analizando la violación del derecho fundamental de la igualdad salarial.

Esto, desconocido en la providencia cuestionada. Lo que hace que sea pasible de ser corregida con el remedio jurídico procesal aquí impetrado.

- g. ANÁLISIS DE LA REGLA FIJADA EN LA SENTENCIA UNIFICACIÓN DEL VEINTICINCO (25) DE AGOSTO DE DOS MIL DIECISÉIS (2016), CON RELACIÓN A LOS SOLDADOS EX NOVO.

La regla que respetuosamente afirmamos ha sido malinterpretada y descontextualizada en la providencia cuestionada es la siguiente:

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%¹⁹

aa. La mencionada regla, no es una regla de unificación en sentido estricto.

Para sustentar esta premisa del argumento, debemos mencionar dos criterios que nos sirven de base y que no fueron tenidos en cuenta en la providencia aquí cuestionada, lo que conlleva a la violación de los derechos fundamentales que hemos manifestado.

bb. Es solamente una transliteración del contenido plasmado en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Basta mirar del contenido total de la sentencia, que lo que el Honorable Consejo de Estado hizo en la mencionada sentencia es determinar la naturaleza del reajuste salarial de los soldados voluntarios, y que en oposición al reconocimiento del salario que ellos tenían antes de haber sido homologados como soldados profesionales, los que son soldados *ex novo* tiene una asignación salarial diferente.

Lo que hace en esta oportunidad el Honorable Consejo de Estado, es mostrar teniendo como referencia a **LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE FUERON INCORPORADOS COMO PROFESIONALES**, cual es el salario que el ordenamiento jurídico vigente tiene asignado para los soldados que no fueron voluntarios, (regla argumentativa de oposición) y para ello, cita el contenido del *inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000*, sin que el mismo haya sido analizado a la luz de alguno de los

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Cartagena de Indias D. T. y C., 25 de agosto de 2016 No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001 No. Interno: 3420-2015

principios constitucionales, sin que haya sido cuestionado, y mucho menos por los argumentos que han sido presentados en la demanda del aquí tutelante.

cc. No hace parte del contenido unificado por parte del Honorable Consejo de Estado.

El Honorable Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación fue absolutamente coherente entre el tema jurídico debatido en las instancias y las reglas de unificación que fijó en la sentencia, pues allí reconoció de manera explícita para que soldados profesionales se hacia la unificación de criterios. Dijo literalmente:

*“En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por **LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE FUERON INCORPORADOS COMO PROFESIONALES**, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto: (...)”*

Entonces es solamente en este sentido en el que se puede entender y justificar la unificación acaecida, en el sentido que es para **“LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE FUERON INCORPORADOS COMO PROFESIONALES”** y no para los soldados profesionales *ex novo* como lo afirma y tergiversa el Honorable Tribunal.

Es así, donde cobra sentido la verdadera regla de unificación que fijó la sentencia:

*“PRIMERO. - **UNIFICAR** la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por **LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE**, en aplicación de la Ley 131 de 1985, **FUERON INCORPORADOS COMO PROFESIONALES**, en el entendido que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En consecuencia:”*

REGLA QUE fue objeto de aclaración mediante auto del 6 de octubre de 2016,²⁰ en los siguientes términos:

PRIMERO.- Por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia, **ACLARAR** el numeral 1.º de la parte resolutoria de sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016, el cual quedará así:

*«PRIMERO.- **UNIFICAR** la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación del Decreto Ley 1793 de 2000, fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.»*

Y en ninguna parte de la sentencia, se debatió el derecho fundamental a la igualdad salarial, en la modalidad **Trabajo Igual- Salario Igual**, ni de las garantías constitucionales

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del 6 de octubre de 2016, expediente 85001 33 33 002 2013 00060 01 (3420-2015), M.P., Sandra Lisset Ibarra Vélez.

establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política, de un soldado profesional *ex novo* en comparación con los soldados voluntarios, como se hace en el presente proceso.

*dd. El contenido de la regla no ha sido analizado a la luz del derecho fundamental a la igualdad salarial, en la modalidad **Trabajo Igual- Salario Igual**, ni de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política.*

De una revisión simple, podemos evidenciar que el Consejo de Estado en la pluricitada sentencia de unificación, nunca abordó el derecho fundamental a la igualdad salarial, en la modalidad **Trabajo Igual- Salario Igual**, ni de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política del soldado profesional *ex novo* porque entre otras cosas, no tenía competencia para hacerlo, y porque se limitó de forma acetada a la resolución real del caso y hechos que fueron presentados en aquella oportunidad.

Por ejemplo, basta con que hoy indagemos en la sentencia unificada: ¿Cuál era la tesis para acceder al reconocimiento de la diferencia salarial para soldados profesionales *ex novo*?, ¿Cuál era la antítesis para negar el reconocimiento de la diferencia salarial para soldados profesionales *ex novo*?, ¿Cuál fue la postura unificada del Honorable Consejo de Estado? Para observar que ninguna de esas preguntas se puede responder, pues nunca fueron analizadas, porque no fueron debatidas. Esto torna, totalmente implacable la Sentencia de Unificación a hechos como los que aquí se debaten.

Lo que realmente ocurre, es que los hechos y fundamentos jurídicos que le presentamos *a quo* no han sido analizados, y su justificación constitucional en la actualidad es huérfana de todo razonamiento, que es precisamente que el que pedimos en la demanda.

LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL CONSEJO DE ESTADO PARA LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA UNIFICACIÓN DEL VEINTICINCO (25) DE AGOSTO DE DOS MIL DIECISÉIS (2016).

El Honorable Consejo de Estado, de forma coherente con el contenido de la sentencia de Unificación, ha dicho, en sede de extensión de jurisprudencia, cuáles son los requisitos para la aplicación de la Sentencia Unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), requisitos que deben estar debidamente probados en el proceso, pues de lo contrario, no se pueden extender las reglas unificadas de la mencionada sentencia.

Para hacer más explícito el argumento que queremos presentar, de forma respetuosa, hacemos una citación del contenido de dichas providencias, que en su tenor literal dicen:

Con ponencia del **CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ,**

*“En síntesis, **cuando se pretenda la extensión de los efectos de una sentencia de unificación**, no basta con que el peticionario determine la sentencia o allegue las pruebas que puedan dar luz para reconocer un derecho subjetivo, sino que **el punto fundamental recae en la identidad fáctica y jurídica entre el caso concreto y la sentencia de unificación**, pues, como ya se expuso, la figura de la extensión de la jurisprudencia tiene como finalidad que la administración y los operadores judiciales descongestionen, en cierta medida, los procesos que tienen hechos y pretensiones iguales, en busca que los particulares no se enfrasquen en litigios tediosos y duraderos, sino que se les pueda **aplicar los efectos de las sentencias que resolvieron un problema jurídico exactamente igual, claro está, siempre y cuando***

se presente la misma situación jurídica del demandante de la sentencia de la cual se pretende su extensión y sea exigible.

(...)

Con base en lo anterior, es claro que **están dados los supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia de unificación** de 25 de agosto de 2016 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dado que, al 31 de diciembre de 2000, el señor Quintero Ibáñez, al igual que el demandante del proceso que originó la expedición de la sentencia de unificación, se encontraba vinculado como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 y posteriormente, en la anualidad de 2003, fue incorporado como soldado profesional.²¹

Con ponencia del **CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ,**

Para el caso de esta providencia, con la finalidad meramente pedagógica, y rogando la comprensión de la autora, hago la citación sin cursiva, con la finalidad de que el texto no se torne agotador para su lectura, pues la citación se hace *in extenso*.

“Una vez expuestas las reglas jurisprudenciales fijadas en la Sentencia de Unificación invocada por el solicitante, con el fin de obtener la extensión de sus efectos, **se analizará si se acreditaron los mismos supuestos fácticos y jurídicos**, a través del siguiente esquema sinóptico:

<p>Sentencia de Unificación</p> <p>Fecha: 25 de agosto de 2016</p> <p>C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez</p> <p>Rad. 2013-00060-01(3240-15)</p>	<p>Solicitante de la extensión de jurisprudencia</p>
<p>FUNDAMENTOS FÁCTICOS</p>	
<p>Soldado regular: Del 9 de septiembre de 1991 al 28 de febrero de 1993.</p>	<p>Soldado regular: Del 8 de marzo de 1998 al 25 de septiembre de 1999.</p>
<p>Soldado voluntario: Del 1° de abril de 1993 al 31 de octubre de 2003.</p>	<p>Soldado voluntario: Del 26 de septiembre de 1999 al 31 de octubre de 2003.</p>
<p>Soldado profesional: Del 1° de noviembre de 2003 al 27 de mayo de 2012.</p>	<p>Soldado profesional: Del 1° de noviembre de 2003 al 1 de junio de 2018.</p>

²¹ **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021) Referencia: EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Radicación: 11001-03-25-000-2017-00603-00 (2951-2017) Solicitante: NEHEMIÁS QUINTERO IBÁÑEZ**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS	
Ley 131 de 1985 artículo 4° y Decreto 1794 de 2000 artículos 1°, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11 .	Ley 131 de 1985 artículo 4° y Decreto 1794 de 2000 artículos 1°, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11 .
<p>Monto de la asignación salarial: Inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000. Soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985 es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.</p> <p>Reliquidación de prestaciones sociales en un mismo porcentaje de las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.</p>	<p>Monto de la asignación salarial: Inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000. Soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985 es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.</p> <p>Reliquidación de prestaciones sociales en un mismo porcentaje de las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.</p>

En primer lugar, se tiene que en efecto, la sentencia del 25 de agosto de 2016, radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16 que la parte solicitante invoca para que le sea extendida es una providencia unificadora, proferida por la Sección Segunda de esta corporación en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el objeto de guiar a los jueces y autoridades administrativas en la manera como una determinada consecuencia jurídica debe atribuirse **en tratándose del análisis de un caso con supuestos fácticos similares.**

De igual manera y de acuerdo al cuadro anterior, **queda evidenciado que el solicitante cumple con los requisitos** establecidos en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **toda vez que labora como soldado profesional en el Ejército desde el 1° de noviembre de 2003 y que previo a ello se desempeñó como soldado voluntario desde el 26 de septiembre de 1999 al 31 de octubre de 2003**, tal como lo registra el Ministerio de Defensa Nacional en su escrito de contestación a la solicitud, luego entonces, es un

hecho probado que su situación queda cobijada por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000²².

Bajo estos supuestos, en armonía con lo dispuesto por la norma referida y de acuerdo con las reglas jurisprudenciales trazadas, estima la Sala, que el señor Román de Jesús Areiza Madrid 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, a partir de la fecha de su incorporación como tal, en noviembre de 2003 conforme al inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 y no como lo efectuó la entidad demandada de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Para la Sala, **el hecho que el accionante se hubiera desempeñado, en primer lugar, como soldado voluntario y luego hubiere sido incorporado como soldado profesional**, no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000²³, 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, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones.”²⁴

Con ponencia del **CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS:**

“En la mencionada providencia, esta Sección se ocupó del caso de un señor que i) prestó su servicio militar obligatorio desde el 9 de septiembre de 1991 hasta el 28 de febrero de 1993; ii) se desempeñó como soldado voluntario entre el 1.º de abril de 1993 y el 31 de octubre de 2003; y iii) fue incorporado como soldado profesional desde el 1.º de noviembre de 2003 hasta el 27 de mayo de 2012.

(...)

Así las cosas, en la sentencia CE-SUJ2 No. 003/16 del 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en relación con el derecho de los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales, de conformidad con el Decreto 1793 de 2000, a devengar un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60 %, en los términos del inciso 1.º del Decreto 1794 de 2000.

²² Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

²³ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B **CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ** Bogotá D.C., 18 de marzo de 2021. Radicado 11001032500020170060700 (2955-2017).

Luego de estudiar los supuestos fácticos y jurídicos del asunto sub examine, la Sala encuentra mérito suficiente para extender los efectos de la jurisprudencia unificada en la sentencia CE-SUJ2 NO. 003/16 del 25 de agosto de 2016, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, dentro del proceso identificado con el radicado 85001 33 33 002 2013 00060 01 (3420-2015), con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, al señor Marino de Jesús González Quintero, por las siguientes razones:

(...)

ii) En segundo lugar, el señor Marino de Jesús González Quintero logró demostrar que su situación particular guarda identidad fáctica y jurídica con la del demandante en la sentencia de unificación invocada, comoquiera que ambos a. prestaron su servicio militar obligatorio y luego se vincularon como soldados voluntarios, antes del 31 de diciembre de 2000, de acuerdo con la Ley 131 de 1985;²⁵ y b. fueron incorporados como soldados profesionales a partir del 1.º de noviembre de 2003, de acuerdo con el Decreto 1793 de 2000.²⁶

En ese orden de ideas, con apoyo en el material probatorio que obra en el expediente, la Sala considera que el señor Marino de Jesús González Quintero tiene derecho a devengar un sueldo básico equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60 %, a partir del 1.º de noviembre de 2003, de conformidad con el artículo 1.º, inciso 2.º, del Decreto 1794 de 2000.”²⁷

Con ponencia del **CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ:**

“Con apoyo en el material probatorio descrito, es claro que están dados los supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia del 25 de agosto de 2016 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dado que, al 31 de diciembre de 2000, el señor Luis Carlos Pareja, al igual que el demandante del proceso que originó la expedición de la aludida providencia de unificación, se encontraba vinculado como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 y posteriormente, el 1º de noviembre de 2003, fue incorporado como soldado profesional.

En ese orden, el accionante tiene derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60% a partir del 1º de noviembre de 2003, conforme al inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y no como lo efectuó la entidad

²⁵ Folio 30.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A **CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS** Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021) Radicación: 11001 03 25 000 2017 00606 00 (2954-2017) Demandante: Marino de Jesús González Quintero

demandada de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.”²⁸

De la basta citación, se puede ver con absoluta claridad que la sentencia de unificación de del 25 de agosto de 2016, sólo y únicamente, puede ser aplicada a los soldados profesionales que hubieran sido vinculados como soldados voluntarios.

La escogencia o selección de dicha sentencia, para la resolución de un problema distinto a la problemática que tenga “**relación con el derecho de los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales**” se torna absolutamente injusta por parte del operador, jurídico como acontece en el presente caso.

Los hechos jurídicamente relevantes de esto proceso, son absolutamente diferentes, a los hechos jurídicamente relevantes del proceso que dieron origen a la sentencia de unificación. Basta comparar los hechos arriba señalados, con los hechos propuestos en esta demanda, que son:

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES EN EL JUDICIO DE COMPARACIÓN	
DEMANDANTE	SUJETOS “ESPEJO” O A COMPARAR
<ul style="list-style-type: none"> - Soldad profesional que ingresó a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000. - <u>NUNCA FUERON SOLDADOS VOLUNTARIOS.</u> - Fueron vinculados a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, en el ÚNICO CARGO. - A partir del ingreso a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000 tienen asignadas y ejecutan las mimas funciones. - Reciben trato igual en materia formal y material por parte de la entidad demandada. 	<ul style="list-style-type: none"> - Soldados profesionales que ingresaron a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000. - <u>FUERON SOLDADOS VOLUNTARIOS.</u> - Fueron vinculados a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, en el ÚNICO CARGO. - A partir del ingreso a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000 tienen asignadas y ejecutan las mimas funciones. - Reciben trato igual en materia formal y material por parte de la entidad demandada.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A **CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ** Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) **Referencia:** SOLICITUD DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA **Radicación:** 11001 03 25 000 2017 00610 00 (2958-2017) **Demandante:** LUIS CARLOS PAREJA

- Reciben un salario inferior (SMMLV + 40%) por la misma cantidad y calidad de trabajo, del otro grupo de la comparación.	- Reciben un salario inferior (SMMLV + 40%) por la misma cantidad y calidad de trabajo, del otro grupo de la comparación.
No existe un criterio objetivo que justifique la diferencia salarial que vive el demandante de este proceso, con comparación con el salario que recibe el sujeto espejo del juicio de comparación propuesto.	

Los hechos jurídicamente relevantes, son disimiles entre los señalados en la sentencia de unificación y los aquí fijados, lo que amerita la corrección del desatino por parte del Despacho.

1.6. CARGO QUINTO 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 los 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.

1.7. CARGO SEXTO 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 voluntarios como los que no, como mi poderdante, ingresaron a la carrera administraba del soldado profesional “*con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1793 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.

1.8. CARGO SÉPTIMO 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.

1.9. CARGO OCTAVO 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”.

1.10. CARGO NOVENO 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 PROFESIONAL DEL DECRETO 1793 DE 2000</u>	Soldados profesionales, tanto nuevos, como los que eran voluntarios, <u>DESPUÉS DE INGRESAR A LA 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.

1.11. CARGO DÉCIMO 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
<p>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.</p>	<p>“y valga reiterar que las funciones continuaron siendo las mismas. Independientemente de la denominación”</p>	<p>HECHO PROBADO. Por la vía del hecho aceptado.</p>
<p>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.</p>	<p>“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.”</p>	<p>HECHO PROBADO. Por la vía del hecho aceptado.</p>

--	--	--

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.

1.12. CARGO UNDÉCIMO CONTRA LA SENTENCIA

TESIS: El Despacho desconoce el precedente Constitucional contenido en la **Sentencia T-230/94**; el precedente contenido en la **Sentencia T-079/95** que fue ratificado después en la **sentencia T-335/00**, así como el precedente contenido en la **Sentencia T-247** de 2010, el cual fija el contenido del **DERECHO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO PROBATORIO**²⁹

DEMOSTRACIÓN:

El Despacho, de forma unánime desconocen el contenido de la **Sentencia T-230/94**, plenamente aplicable al juicio de igualdad que fue invocado en la demanda, en materia salarial.

(...) 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"

El demandante, como servidor público (trabajador), aportó al proceso la siguiente información:

- a. Que hace parte del **cargo único** de la carrera administrativo del decreto 1794 del año 2000, en calidad de solado profesional.
- b. Que otros soldados profesionales, que antes fueron voluntarios, hoy hacen parte del **cargo único** de la carrera administrativo del decreto 1794 del año 2000.
- c. Que, al hacer parte del mismo cargo, las funciones asignadas y ejecutas son las mismas, para todos los soldados profesionales que hacen parte del **cargo único** de la carrera administrativo del decreto 1794 del año 2000, pues están específicamente señaladas en el artículo 1 de dicha norma.
- d. Que, mi poderdante sólo recibe como salario básico, un SMMLV incrementado en un 40%, por la ejecución de las funciones asignadas al **cargo único** de la carrera administrativo del decreto 1794 del año 2000.
- e. Que otros soldados profesionales, que antes fueron voluntarios, reciben como salario básico, un SMMLV incrementado en un 60%, por la ejecución de las funciones asignadas al **cargo único** de la carrera administrativo del decreto 1794 del año 2000.
- f. Que, pese a que los dos sujetos comparados tienen asignadas las mismas funciones y las ejecutan, pues los dos son miembros del **cargo único** de la carrera administrativo del decreto 1794 del año 2000, ambos en calidad de soldados profesionales, existe una discriminación salarial para mi poderdante, pues no hay

²⁹ "Garantías del debido proceso probatorio

Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria: (i) el derecho para presentarlas y solicitarlas, (ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra, (iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción, (iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste, (v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228) y (vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso. Sentencia C-496/15

una justificación objetiva que permita el trato diferenciado de salario al que se encuentra sometido.

- g. Que, es doctrina de la misma institución, que: **-NO EXISTE DIFERENCIA ATENDIENDO a que el Soldado Profesional es el resultado de la evolución que la figura de Soldado Voluntario recibió con la entrada en vigencia del Decreto 1793 de 2000.** ³⁰

De lo anterior, se puede extraer que existe un *fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio*, situación que crea una regla de acción para el fallador, pues invierte la carga probatoria en favor de los derechos del trabajador para que así *le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato*.

Este precedente fue desconocido por el Despacho, pues debió observar en el proceso, cual fue el comportamiento probatorio o de justificación de la entidad demandada, que permita comprender la justificación de la diferencia salarial, pese a la igualdad forma y material que en la que se encuentran los dos sujetos comparados, y valorarlo en la sentencia.

Sin embargo, nada de esto fue tenido en cuenta. NO hay una justificación del trato desigual en materia salarial, por parte de la entidad demandada, justificación que debe ser objetiva, y aun así, el Despacho, se negó al reconocimiento y corrección de la discriminación salarial del demandante.

Misma situación de desconocimiento del precedente, es lo relacionado con la **Sentencia T-079/95 que fue ratificado después en la sentencia T-335/00**. Donde se lee, que:

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

Estas providencias, son más garantistas de la consecución de los derechos del trabajar, pues establece una carga probatoria mínima, a quien invoca, el trato desigual, como violación del derecho fundamental de igualdad, pues solo tiene que probar el “el término de comparación”, para que el demandando, demuestre que el trato desigual, está justificado por un criterio objetivo.

Así se tiene que, en el proceso, el demandante estableció “el término de comparación” en los siguientes términos:

SUJETOS COMPARADOS- ASPECTOS DE IGUALDAD	
DEMANDANTE	SUJETOS “ESPEJO” O A COMPARAR

³⁰ oficio 20183131332691: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-SJU-1.9 del 13 de julio de 2018, la entidad demandada absuelve las preguntas realizadas a través del derecho de petición de radicado **V3BADQJ184**, en donde se le pregunta por las funciones de los soldados profesionales, y los que fueron soldados voluntarios y que hoy son soldados profesionales.

<ul style="list-style-type: none"> - Soldad profesional que ingresó a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000. - <u>NUNCA FUERON SOLDADOS VOLUNTARIOS.</u> - Fueron vinculados a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, en el ÚNICO CARGO. - A partir del ingreso a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000 tienen asignadas y ejecutan las mimas funciones. - Reciben un salario inferior (SMMLV + 40%) por la misma cantidad y calidad de trabajo, del otro grupo de la comparación. - 	<ul style="list-style-type: none"> - Soldados profesionales que ingresaron a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000. - <u>FUERON SOLDADOS VOLUNTARIOS.</u> - Fueron vinculados a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, en el ÚNICO CARGO. - A partir del ingreso a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000 tienen asignadas y ejecutan las mimas funciones. - Reciben un salario inferior (SMMLV + 40%) por la misma cantidad y calidad de trabajo, del otro grupo de la comparación. -
---	--

Pese a todo lo anterior, el Despacho, desatendió abiertamente el **precedente constitucional contenido en la Sentencia T-230/94**; y el **precedente contenido en la Sentencia T-079/95 que fue ratificado después en la sentencia T-335/00**, pues como hemos visto, se omitió su aplicación.

Además de ello, no se motivó la justificación por la cual se aparta del mismo, estando en la obligación constitucional de presentar dicha justificación.

Siguiendo la misma línea, la Honorable Corte Constitucional, en **Sentencia T-247 de 2010**, establece que con mayor claridad el giro de la carga probatoria, para que sea cumplida por **EL ACUSADO, PUES ESTARÁ OBLIGADO A DEMOSTRAR QUE SU CONDUCTA ES CLARAMENTE GARANTISTA DEL DERECHO DE IGUALDAD.** Así, señala la Corte que:

“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”.³¹

El Despacho se sustrajo de la aplicación de dicho precedente, sin justificación válida que permita concluir que su actuación es acorde al ordenamiento jurídico, y a los principios establecidos en la carta política.

³¹ Énfasis propio.

La “sanción” probatoria que se desprende del incumpliendo de dicha carga procesal, por parte del EN EL ACUSADO en favor de la VÍCTIMA DE DICHA DISCRIMINACIÓN, está establecida en la Sentencia T- 863 de 2011, que como vemos enseguida fue abiertamente desconocida por parte de los falladores.

1.13. CARGO DUODÉCIMO 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 qué criterios objetivos que justifiquen 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”**

1.14. CARGO DÉCIMO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA

TESIS: El omitió el estudio de los verdaderos criterios objetivos que justifican el trato desigual en materia salarial, y omitió valorar la consecuencia de la actividad probatoria de la entidad con relación a la prueba de dichos criterios objetivos.

DEMOSTRACIÓN:

En el deber de motivar las sentencias, el Despacho tiene que hacer cobrar vida cada una de las instituciones jurídicas que cita, no puede quedarse en la pasividad de la mera transcripción de sentencias, sin analizar el contenido de las mismas, pues en dicho caso lo único que hace es incumplir el deber de motivar las decisiones judiciales.

El Honorable Consejo de Estado ha sido claro que dicha actuación:

“Contrario sensu, no pueden aceptarse simplemente transcripciones de sentencias o de las pruebas mismas para arribar al decisorio de la sentencia, sin que se expliquen las

razones por las cuales el Juzgador ha adoptado determinada solución frente a una controversia.³²

En el cuerpo de la sentencia que se apela esta oportunidad, el Despacho, cita precedente de la Honorable Corte Constitucional, Sentencia T 369 de 2016, sin tener la generosidad de verificar el cumplimiento o no de dichos requisitos allí señalados, dice la sentencia que:

“Independientemente de si la relación laboral se desarrolla en el sector público o privado, debe ser justa y digna por orden expresa de la Constitución, que en su artículo 25 dispone: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Del segundo de estos requisitos –justicia– se desprende el principio “a trabajo igual, salario igual”. Éste corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo. Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias. Así pues, quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta.

No obstante, lo anterior, no toda desigualdad salarial entre sujetos que ostentan las mismas características constituye una vulneración de la Constitución, pues un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio y, en esta medida, es reprochado cuando no obedece a causas objetivas y/o razonables. El trato desigual que está fundamentado en criterios constitucionalmente válidos es conforme a la Carta y, por ende, está permitido.

Teniendo esto en cuenta, la Corte ha sostenido que para acreditar la vulneración del principio “a trabajo igual, salario igual”, primero debe estarse ante dos (2) o más sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante, ello, reciben una remuneración diferente.

Seguidamente, el Tribunal ha indicado que se deben analizar las razones por las cuales existe la desigualdad, a efectos de determinar si ellas cuentan con un respaldo constitucional y si son lo suficientemente poderosas como para limitar el derecho fundamental a la igualdad.

Respecto a los criterios válidos que pueden justificar una diferenciación salarial, la jurisprudencia constitucional ha permitido, entre otros, los siguientes: (i) criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para acceder a dichos empleos.”.

³² TÍTULO 24 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA NOVENA ESPECIAL DE DECISIÓN CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre dos mil veintiuno (2021). Referencia: Recurso extraordinario de revisión. Radicación: 11001 03 15 000 2019 03823 00 REV

De la cita anterior, se puede extraer que son criterios objetivos que justifican el trato diferencial en materia salarial los siguientes:

- (i) *criterios objetivos de evaluación y desempeño;*
- (ii) *diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y*
- (iii) *distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para acceder a dichos empleos.*

El Despacho para negar las pretensiones de la demanda, debía verificar la existencia probada de alguna de dichas causales. Ante dicha falta de prueba y estructuración, debió haber despachado la demanda de forma favorable, pues ello indica que no existe criterio objetivo que justifique la desigualdad en materia salarial, razón por la cual, el trato diferenciado del salario del demandante es un trato de discriminación salarial.

1.15. CARGO DÉCIMO CUARTO 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:

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”³³*

Como en innumerables oportunidades la Corte lo ha definido, la “discriminación encubierta”³⁴ 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

³³ Énfasis propio.

³⁴ “Se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos” C-1258-2008

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, 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 comprendido³⁵ 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”**

1.16. CARGO DÉCIMO QUINTO 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:

³⁵ 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.

“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 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.

1.17. CARGO DÉCIMO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA

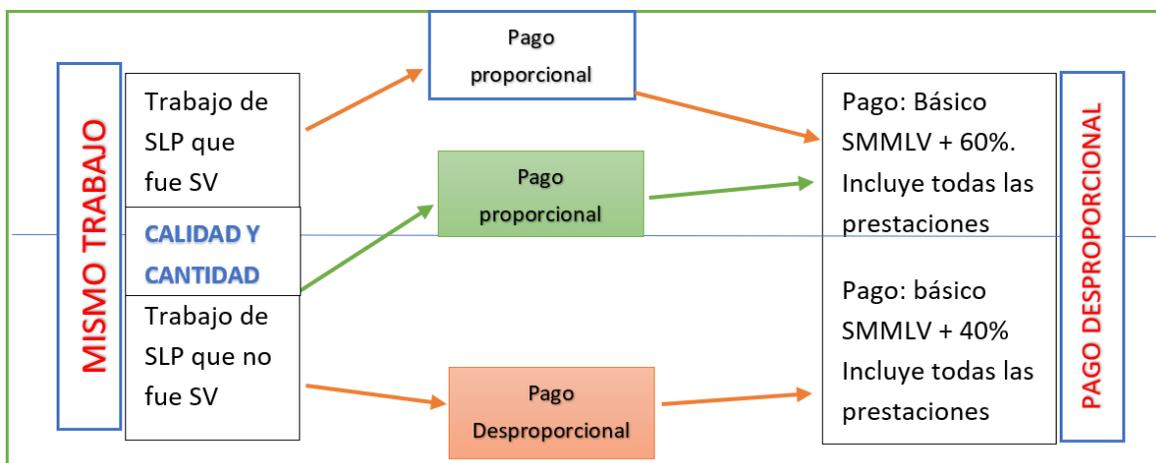
CARGO: El Despacho tuvo por probado, sin estarlo, la existencia del pago proporcional al demandante de un salario acorde a la cantidad y calidad de trabajo que aporta a la institución.

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 factico 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.

Esta falta de pago proporcional del salario del demandante conlleva a que la entidad se enriquezca de forma injustificada a causa del detrimento del patrimonio del demandante. Razón por la cual, en justicia, se debe reconocer la diferencia salarial demandada.

1.18. CARGO DÉCIMO SÉPTIMO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: la sentencia incurre en violación directa de la constitución, específicamente de los principios de la función pública, concretamente en el desconocimiento de los principios generales de la carrera administrativa- y de la carrera administrativa en las fuerzas militares para los soldados profesionales, como el mérito y la igualdad de oportunidades.

DEMOSTRACIÓN:

La carrera administrativa de los soldados profesionales, creada en el decreto 1793 de 2000, es producto del artículo 217 de la constitución política de Colombia, pues es una carrera especial, según las palabras de la Corte Constitucional:

“La carrera administrativa en Colombia se organiza en tres grandes categorías o modalidades: (...) (ii) Los sistemas especiales de origen constitucional, que por su naturaleza se encuentran sujetos a una regulación diferente por parte del Legislador, siempre con observancia de los principios constitucionales, entre los que se destacan los de igualdad, mérito y estabilidad. Al respecto la jurisprudencia ha identificado los regímenes de las universidades estatales (art. 69 CP), de las Fuerzas Militares (art. 217 CP), (...)” Sentencia C-285/15

Necesario, es empezar la temática de la carrera administrativa, con una definición puramente doctrinal, según la cual se entiende por carrera administrativa:

“La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto, hacer primar la eficiencia y eficacia de la administración pública, brindando igualdad de oportunidades, para el acceso al servicio público, la estabilidad en el empleo, y la posibilidad de ascender, mediante la demostración del mérito, sin que pueda obrar motivos ideológicos, de religión de raza, de sexo, de filiación política, o de otra índole.”³⁶

De la definición acabada de dar, dos elementos llaman profundamente la atención para el siguiente análisis. De un lado, la *igualdad de oportunidades*, y de otro, la *posibilidad de ascender mediante la demostración del mérito*.

- ✓ la posibilidad de ascender mediante la demostración del mérito

ARTICULO 125. De la Constitución política de Colombia “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera (...)El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.”

La Honorable Corte Constitucional, en su función de concreción de derechos fundamentales, ha dicho lo siguiente en lo que al mérito se refiere:

“El eje sobre el cual se construye la carrera administrativa, es el mérito, la capacidad o eficiencia en el buen servicio administrativo, por ello, será el mérito la medida para que el mejor o el más meritorio ingrese al servicio.”³⁷

Ascender, significa, que, por razón de las capacidades y méritos, ya sea de tiempo, experiencia, estudios, etc., el miembro de la carrera administrativo, puede subir, al cargo superior en el cual se encuentra. Dicho ascenso, conlleva una prerrogativa de derechos laborales, pues significara mayor salario, proporcional al aumento de las obligaciones.

Pero la carrera de soldados profesionales, es una carrera sui generis, pues no hay ascenso dentro de la misma carrera. Dentro de la carrera administrativa para los soldados profesiones, no hay un cargo superior a ellos, es decir, que un soldado, que ingrese a la carrera administrativa y haga parte de ella, creada por el decreto 1793 de 2000, y sale de ella, únicamente lo puede hacer como soldado profesional, pues el decreto en mención, no tiene estipulado un cargo superior, dentro de la misma carrera.

³⁶ PARRA GUITIÉRREZ, William René; PARRA MEJÍA, Natalia; PARRA MEJÍA, Ernesto: Derecho Administrativo Laboral. Ediciones Nueva Ley, Bogotá 2015. Pág. 580.

³⁷ VILLEGAS ARBELÁE, Jairo: Derecho Administrativo Laboral. Principios, estructura y relaciones individuales. Editorial Legis, Bogotá. Decimoprimera edición. Pág. 289

Es más, si el soldado quiere ascender dentro de la estructura de las Fuerzas Militares, solo tiene permitido hacerlo en la carrera de los suboficiales, pero para ello, debe ingresar a dicha carrera administrativa, (Decreto 1211 de 1990) y de contera, salirse de la carrera del soldado profesional, (decreto 1793 de 2000).

Lo que nos lleva a comprender, que los dos sujetos comparados, por virtud del mismo mérito, uno convalidado y el otro demostrado, están vinculados en igualdad de condiciones al mismo y único cargo de la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, situación que no tuvo en cuenta el Despacho en la sentencia.

- la igualdad de oportunidades

Algunas de las palabras de la Honorable Corte Constitucional, en lo que tiene que ver con la igualdad en la Carrera Administrativa:

*“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 y el merecimiento de éste. **Sentencia C-195 de 1994 Corte Constitucional***

Así, desconoce el Despacho no solo que los dos soldados comparados hacen parte del mismo cargo, sino que existe un igualdad o equivalencia entre **la capacidad exigida por el cargo y a la relación de los empleados con dichas exigencias**, que ambos comparten, de lo contrario, o no hacen parte del mismo cargo, o debe existir una norma jurídica que permita dicha desproporcionalidad.

Lo que debió tener en cuenta el Despacho, es que la entidad homologó las capacidades de ingreso de los dos sujetos al mismo cargo, y que, en virtud de ello, y ante la ausencia de un criterio objetivo posterior, el despacho debía reconocer la igualdad salarial pues nada, absolutamente nada justifica el trato diferenciado que brinda la institución, máxime cuando ella misma reconoce que hay igualdad material y formal.

1.19. CARGO DÉCIMO OCTAVO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: _Acuso a la Sentencia ser contraria a las reglas de la argumentación racional pues incurre en deficiencias en la motivación externa³⁸, es decir, las premisas y las conclusiones son sustancialmente falsas, es decir existe incorrección material de la premisa, ya que dichos enunciados no son materialmente ciertos, pues adolecen de sustento fáctico y jurídico, en este caso, desacertados frente a la comparación de la sentencia con la realidad jurídica del ordenamiento vigente. De esta forma, el Despacho en la Sentencia pasa por alto, las reglas

³⁸ Se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

de motivación racional de las sentencias judiciales.³⁹ y niega lo evidente, que la excepción de inconstitucionalidad si está llamada a prosperar en el presente proceso, y si es viable la inaplicación de los actos administrativos demandando para aplicar el artículo 11 y 53 de la constitución como fue pedido en la demanda.

DEMOSTRACIÓN:

1.19.1. Con relación a la premisa según la cual, se aplicarse la excepción de inconstitucionalidad se estaría en frente a “la creación de una tercera ley beneficiosa para el demandante”

En la sentencia T-114 de 2002, la Honorable Corte Constitucional señaló que:

«[...] Si, a partir de la interpretación de las normas N1, N2 y N3 se llega a la conclusión A, el juez tiene que asumir las consecuencias derivadas de esa conclusión A u ofrecer suficientes argumentos que justifiquen porqué, en el caso concreto, A no resulta admisible. Tales argumentos, cabe señalar, pueden basarse en otras normas N4, N5, etc. Empero, no basta con citar otras disposiciones para justificar una conclusión B, sino que resulta indispensable mostrar cómo las normas N4, N5, etc., al considerarlas sistemáticamente con las normas N1, N2 y N3 imponen – lógica y argumentativamente- la conclusión B. Incumplir este paso implica que el juez ha tomado preferencia por una conclusión sin justificación alguna, es decir, **su decisión es el resultado no de un razonamiento jurídico, sino la reproducción de “las simples inclinaciones o prejuicios de quien debe resolver un asunto”**. [...]»

Esta sentencia de la Honorable Corte Constitucional, prohíbe lo que el Despacho hace en este proceso, incurrir en “**simples inclinaciones o prejuicios de quien debe resolver un asunto**” e incurre en ello en la siguiente afirmación:

*“(...) aunado a que lo pretendido **con la aplicación de la figura de inconstitucionalidad no sería otra cosa que la creación de una tercera ley beneficiosa para el demandante quebrantando el principio de inescidibilidad normativa (...)**” énfasis del suscrito.*

No, el Despacho no va a crear una **una tercera ley beneficiosa para el demandante con la aplicación de la figura de inconstitucionalidad**. El capricho del Despacho consiste en que niega las pretensiones de la demanda, y la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, bajo en único argumento caprichoso de la creación de una supuesta tercera regla.

Lo que hace la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, es únicamente lo que dice la Corte Constitucional en sentencia SU-132 de 2013, ampliamente citada en la sentencia recurrida, “*esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.*”

³⁹ 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.

No es crear una tercera norma, es aplicar *la Constitución Política* de forma directa, pues *los derechos fundamentales* allí contenidos, *se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía*, como el caso del decreto 1794 de 2000.

Es una cuestión de mero capricho del despacho la supuesta creación de “**una tercera ley beneficiosa para el demandante**” pues del contenido jurídico de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, no se extrae que al aplicarse se cree “**una tercera ley beneficiosa para el demandante**” en determinado proceso, sino la *protección, en un caso concreto y con efecto inter partes, de los derechos fundamentales contenidos dentro de la Constitución Política.*

1.19.2. Con relación la “diferenciación entre los soldados que prestaban su servicio militar voluntario vinculados mediante la Ley 131 de 1985 y aquellos soldados profesionales que se vincularon en vigencia del Decreto 1793 de 2000”

El Despacho en la sentencia recurrida hace las siguientes manifestaciones, totalmente incorrectas, dichas manifestaciones están consignadas en las siguientes líneas:

*“Como se observa, y se insiste, normativamente hablando, **existe una diferenciación entre los soldados que prestaban su servicio militar voluntario vinculados mediante la Ley 131 de 1985 y aquellos soldados profesionales que se vincularon en vigencia del Decreto 1793 de 2000**, atendiendo el concepto de derechos adquiridos logrados por los primeros.*

*Entonces, contrario a lo manifestado por el demandante, más allá del criterio objetivo de la fecha de vinculación a la fuerza, o la ejecución de las mismas labores dentro de un empleo similar, **se hace necesario acudir a la figura de los derechos adquiridos de aquellos soldados voluntarios quienes dentro del término de su vinculación y hasta su profesionalización**, estuvieron desprovistos de los elementos laborales y prestacionales que les fueron asegurados desde su vinculación a los Soldados Profesionales vinculados en vigencia del Decreto 1793 de 2000.*

(...)

*Es decir, **concebir como iguales, a soldados voluntarios y profesionales, en materia prestacional, que es lo que se demanda a través del presente proceso, sería desconocer la condición histórica** de aquellos que en su momento sufrieron una visible desprotección en materia de derechos laborales, que en suma afectarían lo que hoy son derechos fundamentales;”* El énfasis es del suscrito.

Las manifestaciones son totalmente incorrectas debido a que en la demanda nunca, pero nunca le pedimos al Despacho la comparación entre “soldados voluntarios y profesionales” de ahí que sea errada la afirmación “que es lo que se demanda a través del presente proceso”.

Para no hacer largo el presente ítem, le ruego al Honorable Tribunal Administrativo que tenga presente lo manifestado en el **CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA**, donde se le dijo “**CARGO**: *Acuso a la Sentencia de desconocer e ignorar el thema petendi de la demanda*” pues debido al error de percepción del Despacho, se incurre en esta argumentación, que es ajena a lo pedido, pues los sujetos que se le pidió comparara, ambos tiene la categoría de soldados profesionales, ambos están vinculados al decreto ley 1793 de 2000 en el cargo único de soldados profesionales, lo que ocurre es que un grupo, fue soldados

voluntarios y otro no. Pero nunca se le pidió la comparación entre “soldados voluntarios y profesionales”.

1.19.3. Con relación a “la diferenciación que estableció el párrafo del artículo 5 respecto de la antigüedad con la que se vincularían aquellos soldados, aunado a lo dispuesto en el artículo 38 frente a los derechos adquiridos”

Resulta necesario para una mejor comprensión traer a colación el parte de la sentencia, de forma completa donde se argumenta del modo indicado, para estructurar la demostración de su incorrección. Así se tiene que dice el Despacho en la sentencia que:

“Aunado a ello, obsérvese como el demandante recae en una contradicción a la hora de fundar su alegato, pues sostiene que la fecha de vinculación del personal de la fuerza no puede sostenerse como un criterio objetivo para considerar una diferenciación prestacional entre soldados voluntarios y profesionales, sin embargo, advierte que a partir del 1 de enero de 2001, todos pasaron a ser soldados profesionales, y en virtud de ellos deben ser tratados como iguales, resaltando que el Decreto 1793 de 2000 estableció que a los soldados que fueron voluntarios les sería aplicable integralmente lo dispuesto en ese decreto, no obstante, deja de lado la diferenciación que estableció el párrafo del artículo 5 respecto de la antigüedad con la que se vincularían aquellos soldados, aunado a lo dispuesto en el artículo 38 frente a los derechos adquiridos, por lo que el argumento de vinculación deja de ser un elemento objetivo para considerar la igualdad entre los sujetos comparables.”

A continuación de forma respetuosa, presento los argumentos por los cuales dicha premisa del argumento del Despacho es claramente incorrecta a la luz del ordenamiento jurídico vigente, y del principio de razonabilidad de la motivación.

1.19.3.1. Cuestión previa. Aclaración de la supuesta “contradicción a la hora de fundar su alegato” por parte del demandante.

La “supuesta” contradicción, en criterio del Despacho estriba en la incompatibilidad entre: i. la afirmación hecha en el alegato, según la cual *“la fecha de vinculación del personal de la fuerza no puede sostenerse como un criterio objetivo para considerar una diferenciación prestacional entre soldados voluntarios y profesionales; y, ii. La otra afirmación según la cual: “que a partir del 1 de enero de 2001, todos pasaron a ser soldados profesionales, y en virtud de ellos deben ser tratados como iguales”*

Sea lo primero decir, la afirmación del Despacho según la cual: *“la fecha de vinculación del personal de la fuerza no puede sostenerse como un criterio objetivo para considerar una diferenciación prestacional entre soldados voluntarios y profesionales”* está equivocada, pues lo que se le ha dicho es que “la fecha de vinculación del personal de la fuerza no puede sostenerse como un criterio objetivo para considerar una diferenciación prestacional entre soldados profesionales y soldados profesionales que antes fueron voluntarios.

Ahora, dichas posturas no son contradictorias, desde el alegato. El despacho las asume contradictoria porque incurre en un error de percepción del contenido real de la demanda. Dicho error, consiste en que para el Despacho lo “lo que se demanda a través del presente proceso” es la comparación entre “soldados voluntarios y profesionales”.

Como hemos visto, dicha afirmación es errática. Lo que realmente pretendemos es comparar dos soldados profesionales, ambos miembros de la carrera administrativa del decreto 1794 de 2000, vinculados al único cargo, de soldados profesionales. Razón por la

cual, una vez los dos vinculados al mismo cargo, por el proceso de vinculación propio de cada uno, y por la manifestación expresa del decreto 1794 de 2000, “A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto” art. 5 y lo dicho el artículo 42: “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” los dos “*deben ser tratados como iguales*” pues así lo hace el ordenamiento jurídico.

Es únicamente en este contexto en el cual, “*la fecha de vinculación del personal de la fuerza no puede sostenerse como un criterio objetivo*” deja de ser un criterio objetivo para justificar la diferencia salarial, porque los dos sujetos comparados hacen parte del mismo cargo, prestan las mismas funciones, hacen el mismo trabajo.

1.19.3.2. La antigüedad es elemento objetivo si el demandante estuviera reclamando la prima de antigüedad.

La fecha de vinculación es un criterio objetivo si el demandante estuviera reclamando la prima de antigüedad, pero no lo está haciendo, está reclamando es la diferencia en la asignación salarial.

Así siguiendo las enseñanzas de Norberto Bobbio, sobre la necesidad de considerar tres variables para el juicio de comparación, así aplicar el gran principio y valor de la justicia: **i.** los sujetos entre los que se va a repartir los bienes, derechos o gravámenes; **ii.** Los bienes o gravámenes, (derechos, ventajas, posiciones jurídicas) que se van a repartir; **iii.** El criterio con el que se va a hacerse la repartición (necesidad, merito, capacidad, origen social, esfuerzo, sexo, edad, patrimonio, condición de edad, dependencia, etc.)

Si en el presente proceso, **i.** los sujetos entre los que se va a repartir los bienes, derechos o gravámenes, son los dos soldados profesionales que se le pidió al Despacho comparara. **ii.** Los bienes o gravámenes, (derechos, ventajas, posiciones jurídicas) que se van a repartir, la prima de antigüedad; y **iii.** El criterio con el que se va a hacerse la repartición (necesidad, merito, capacidad, origen social, esfuerzo, sexo, edad, patrimonio, condición de edad, dependencia, etc.), debería ser la antigüedad de permanencia dentro de la entidad, para lo cual, la fecha de vinculación se torna en un elemento objetivo que permite justiciar el trato desigual, a quien ha sido vinculado con posterioridad al sujeto comparado.

1.19.3.3. La antigüedad no es elemento objetivo en el juicio de igualdad bajo la modalidad trabajo igual salario igual.

Pero como lo que pedimos en el presente caso, no es la igualdad en la prima de antigüedad, sino la igualdad en materia de salario, entonces se debe estar sujeto únicamente a los presupuestos hipotéticos establecidos en la **Sentencia SU-519/97**⁴⁰, los cuales son:

⁴⁰ “(...) 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

- 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(...).”

y en dicha sentencia, no se exige para SER REMUNERADOS EN LA MISMA FORMA Y CUANTÍA, la igualdad en la fecha de vinculación, lo que indica entonces, que exigirla por parte del Despacho, es crear un elemento objetivo que justifica la discriminación salarial. Creación que no fue anunciada ni motivada, ni justificada, sino que aparece en el proceso bajo el contenido de un error de percepción al confundir que los sujetos comparados son “soldados voluntarios y profesionales”.

1.19.3.4. Es irrazonable el modo de argumentar por parte del despacho con relación

Siguiendo la misma línea anterior, resulta importante demostrar que resulta irrazonable decir que, antigüedad indicada por la fecha de vinculación es elemento objetivo que permite justificar la diferencia de salario que sufre el demandante. Para explicarlo, hare dos puntos. El primero traer a colación el contenido del principio de razonabilidad; el segundo, mostrar la irrazonabilidad de dicha tesis:

- el contenido del principio de razonabilidad.

La Honorable Corte Constitucional, en la Sentencia T-546 de 2002, enseñó sobre el contenido del principio de razonabilidad, diciendo que:

“La razonabilidad se relaciona con la admisibilidad o corrección de las conclusiones a las que arriba el intérprete. No se trata, simplemente, de que tales conclusiones resulten absurdas o no, sino que LAS CONCLUSIONES DEBEN SER COMPATIBLES CON EL MARCO AXIOLÓGICO, DEÓNTICO Y CONSECUENCIALISTA DEFINIDO EN LA CONSTITUCIÓN y en el cuerpo normativo del cual hace parte el texto interpretado.”
Énfasis del suscrito.

De la explicación se sigue que el principio de razonabilidad lo podemos traducción por compatibilidad, para este caso, entre la premisa fijada en la sentencia y el contenido de texto jurídico o de los principios y criterios finalistas demarcados en la constitución.

- la irrazonabilidad de asumir la antigüedad indicada por la fecha de vinculación como un elemento objetivo que permite justificar la diferencia de salario que sufre el demandante, a pesar de hacer el mismo trabajo con el sujeto comparado.

Es necesario responder de manera positiva a preguntas como las siguientes para entender que desde el principio de razonabilidad la antigüedad indicada por la fecha de vinculación es un elemento objetivo que permite justificar la diferencia de salario que sufre el demandante, a pesar de hacer el mismo trabajo con el sujeto comparado.

- ¿La mera antigüedad indicada por la fecha de vinculación es un elemento objetivo que permite justificar la diferencia de salario que sufre el demandante, a pesar de

DEL DERECHO AL EQUILIBRIO EN EL SALARIO, GARANTIZADO POR LA CARTA POLÍTICA EN RELACIÓN CON LA CANTIDAD Y CALIDAD DE TRABAJO (...).”

hacer el mismo trabajo con el sujeto comparado a la luz de derecho fundamental de la igualdad en la modalidad trabajo igual- salario igual?

- ¿La mera antigüedad indicada por la fecha de vinculación es un elemento objetivo que permite justificar la diferencia de salario que sufre el demandante, a pesar de hacer el mismo trabajo con el sujeto comparado a la luz del principio del pago proporcional del trabajo realizado y entregado a la institución?
- ¿La mera antigüedad indicada por la fecha de vinculación es un elemento objetivo que permite justificar la diferencia de salario que sufre el demandante, a pesar de hacer el mismo trabajo con el sujeto comparado a la luz del principio de dignidad humana en las relaciones laborales?
- ¿La mera antigüedad indicada por la fecha de vinculación es un elemento objetivo que permite justificar la diferencia de salario que sufre el demandante, a pesar de hacer el mismo trabajo con el sujeto comparado, para permitir el enriquecimiento injustificado del patrimonio del empleador?

Ninguna de las anteriores preguntas puede ser resueltas de forma positiva, pues lo que busca el trabajo igual- salario igual, el pago proporcional del trabajo, es la justicia en las relaciones laborales. Es la realización en su máxima posibilidad de la dignidad humana. Permitir el pago desproporcional del trabajo, por la mera fecha de vinculación de un trabajador, que se encuentra en el mismo cargo, es permitir la injusticia, la esclavitud, el enriquecimiento injustificado del patrimonio del empleador. Por estas razones, es irrazonable pensar que la fecha la diferencia de la fecha de vinculación a la entidad demandada de un servidor que se encuentra en el mismo cargo, que hace el mismo trabajo, es por sí sola un criterio objetivo que permita justificar la diferencia de salario.

1.20. CARGO DÉCIMO NOVENO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: _Acuso a la Sentencia ser contraria a las reglas de la argumentación racional pues incurre en deficiencias en la motivación externa⁴¹, es decir, las premisas y las conclusiones son sustancialmente falsas, es decir existe incorrección material de la premisa, ya que dichos enunciados no son materialmente ciertos, pues adolecen de sustento fáctico y jurídico, en este caso, desacertados frente a la comparación de la sentencia con la realidad jurídica del ordenamiento vigente. De esta forma, el Despacho en la Sentencia pasa por alto, las reglas de motivación racional de las sentencias judiciales.⁴² y niega lo evidente, que la excepción de inconventionalidad si está llamada a prosperar en el presente proceso, y si es viable la inaplicación de los actos administrativos demandando para aplicar la convención interamericana de derecho humanos como fue pedido en la demanda.

DEMOSTRACIÓN:

Cuando el Despacho se pronuncia sobre el la viabilidad de dicha excepción, hace dice que: “las tesis enunciadas en el juicio de constitucionalidad se replican en este acápite” en ese sentido le ruego que tome el presente, pues por lo mismo que es procedente aplicarse la excepción de inconstitucionalidad, también lo es la excepción de inconventionalidad.

Los dos sujetos son pasibles de comparación, hacen parte del mismo cargo, están vinculados a la misma carrera administrativa, y ejecutan las mismas funciones, pero el

⁴¹ Se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

⁴² 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.

demandante obtiene como salario un monto inferior que el sujeto comparado a quien se le reconoce un mayor valor de salario por el trabajo realizado, que se repite, es el mismo o idéntico de los dos funcionarios.

A pesar de lo anterior la entidad demandada no probó ningún criterio objetivo que permita justificar la diferencia salarial a la cual está sujeto el demandante, criterio que en el ordenamiento jurídico convencional se hace necesario, pues de no existir, el trato se torna en discriminatorio. Y tal como se dijo, ante la ausencia de dicho criterio objetivo justificado y probado en el proceso, las normas de la convención interamericana de derechos humanos de encuentran trasgredidas de no inaplicarse los actos administrativos enjuiciados.

2. CON RELACIÓN A LA PRIMA DE ACTIVIDAD

2.1. 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 comparte 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 oportunidades⁴³, 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 reiteras 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.

2.2. CARGO SEGUNDO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: los sujetos propuestos en el juicio de comparación si son pasibles de ser comparados, por tal razón el despacho incurre en un error al afirmar lo contrario.

DEMOSTRACIÓN:

Lo primero que tenemos que dejar claro es el criterio de comparación bajo el cual se le pide al Despacho que realice el juicio de comparación en lo que tiene que ver con la diferencia salarial, para ello se hace necesario presentar unas consideraciones previas: Desde el pensamiento antiguo, Aristóteles se preguntó: ¿qué es igualdad y qué desigualdad no hay que pasar por alto? Cuando respondió dicha cuestión, precisó que debe escogerse un *rasgo relevante*, es decir, dos o mas elementos son iguales en función de un factor que se ha determinado previamente.

Norberto Bobbio, enseñó que es necesario considerar tres variables para el juicio de comparación, así aplicar el gran principio y valor de la justicia: **i.** los sujetos entre los que se va a repartir los bienes, derechos o gravámenes; **ii.** Los bienes o gravámenes, (derechos, ventajas, posiciones jurídicas) que se van a repartir; **iii.** El criterio con el que se va a hacerse

⁴³ 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.

la repartición (necesidad, merito, capacidad, origen social, esfuerzo, sexo, edad, patrimonio, condición de edad, dependencia, etc.)

“Este criterio – también llamado tertium comparationis- es el que hace posible que se califiquen como iguales o desiguales los entes que son objeto del juicio de igualdad. Es un criterio de valoración o de relevancia, que aplicado a los entes objeto de comparación, permite constatar si en función de ese criterio hay igualdad o hay diferencias entre ellos, para luego determinar si se ha de reconocer un trato igual o diferente: si no hay diferencias relevantes, el tratamiento deberá ser igual; si las hay el tratamiento deberá ser diferente”⁴⁴

En el presente proceso, i. los sujetos entre los que se va a repartir los bienes, derechos o gravámenes, son de un lado, el demandante en calidad de solados profesional, y de otro el grupo de oficiales y el grupo de suboficiales. ii. Los bienes o gravámenes, (derechos, ventajas, posiciones jurídicas) que se van a repartir, consiste en la diferencia de una prestación salarial denominada prima de actividad que se presenta entre los dos sujetos comparados. Hago énfasis, el bien que se va a distribuir tiene la naturaleza **DE UNA PRESTACIÓN SALARIAL**, y iii. El criterio con el que se va a hacerse la repartición (necesidad, merito, capacidad, origen social, esfuerzo, sexo, edad, patrimonio, condición de edad, dependencia, etc.), es la pertenencia o vinculación de a las fuerzas militares de los tres grupos.

Es tan cierto lo anterior, que el Honorable Consejo de Estado, ya ha realizado dicha comparación, y ha permitido que los dos grupos sean sujetos de comparación, por factores diferentes al salario, pues en dicho caso, no es posible la comparación.

Así tenemos que el Honorable Consejo de Estado, lo hizo en el siguiente precedente:

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-

⁴⁴ MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto: *La aplicación del principio de igualdad salarial. Igualdad de trato en el trabajo y en salario*. Editorial: Legis. Pág. 3.

2014), Actor: Clelia Roperó 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.

Este precedente, fue desconocido por el Despacho, en lo que tiene que ver con la posibilidad de comparar a los grupos aquí propuestos, sin que presentara justificación alguna, más que confundir la prima de actividad con salario, y por eso exigió en la sentencia:

“Al mismo tiempo, como ya se advirtió, no se puede elevar un juicio de igualdad entre supuestos diferentes, lo cual no genera una discriminación en escrito sentido, pues el personal de Oficiales y Suboficiales, además de tener regímenes diferentes, requiere de una preparación diferente, una experiencia diferente y un cumulo de responsabilidades que no ostentan los Soldados Profesionales.”

Lo errático del despacho, es pensar que para el reconocimiento y pago de la prima de actividad, el ordenamiento jurídico exige *una preparación diferente, una experiencia diferente y un cumulo de responsabilidades* diferentes, y es errático, porque eso lo exige el ordenamiento para el pago del salario no de las prestaciones salariales. A manera de ejemplo, la prima de antigüedad no se le paga al funcionario por *“una preparación diferente”* sino por la permanencia en la institución a lo largo del tiempo. Es lo mismo que ocurre con la prima de actividad, como lo veremos en los siguientes cargos.

Como fundamento de lo anterior, el Honorable Consejo de Estado aceptó la comparación entre soldados profesionales, oficiales y suboficiales, en un caso de trascendencia nacional, donde se declara la nulidad del decreto 3770 de 2009. Allí permitió dicha comparación, sin acudir a la exigencia *una preparación diferente, una experiencia diferente y un cumulo de responsabilidades* diferentes, pues lo que en esa oportunidad utilizó como *tertium comparationis* fue el subsidio de familia de los miembros de las fuerzas militares. Subsidio de familia que tiene la naturaleza jurídica de, según la Corte Constitucional: **“ASÍ MISMO, EL SUBSIDIO FAMILIAR ES CONSIDERADO COMO UNA PRESTACIÓN PROPIA DEL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL.”** Sentencia C-508 de 1997.

En dicha oportunidad, la de la sentencia que declaró la nulidad del decreto 3770 de 2009, el Honorable Consejo de Estado 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.”**

Al tener naturaleza jurídica diferente a la de salario, la comparación entre los dos sujetos es viable y posible, sin exigir *una preparación diferente, una experiencia diferente y un cumulo de responsabilidades* diferentes, como erróneamente lo hace el Juzgado.

Es importante dejar en claro, que al ser **UNA PRESTACIÓN SALARIAL** lo que se está reclamando, y no **SALARIO**, no se puede utilizar los criterios del juicio de igualdad en la modalidad trabajo igual salario igual, como se hace con la diferencia del 20%, pues está si es salario, situación que pretende el Despacho desnaturalizando o confundiendo la naturaleza jurídica de la prima de actividad de ser una prestación salarial con la naturaleza de salario.

2.3. CARGO TERCERO CONTRA LA SENTENCIA.

CARGO: acuso a la sentencia de incurrir en un yerro 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.

- 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**”⁴⁵

El diccionario del destacado profesor de derecho laboral en toda Iberoamérica, Guillermo Cabanellas, dice en lo que respecta a la entrada prima: “Llámesse también **PREMIO**”⁴⁶. 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**

⁴⁵ Énfasis propio.

⁴⁶ Énfasis propio.

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 calor⁴⁷ 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.”*⁴⁸

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.

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 rogaria la atención del H. Tribunal. Una es la Prima de estado mayor y la otra es la Prima para oficiales del cuerpo administrativo.

⁴⁷ Art. 89 del decreto 1211 de 1990.

⁴⁸ HINESTROSA, Fernando: Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. Editorial: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Tomo I. Pág. 38-39.

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 CUARTO 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 desempeño 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 tenía. 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 es 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 QUINTO 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”.*⁴⁹

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:

⁴⁹ Énfasis propio.

*“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”⁵⁰*

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

2.6. CARGO SEXTO 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 tienen las 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 tienen 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.

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

⁵⁰ Énfasis propio.

		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 mimas, 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 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 SÉPTIMO 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 OCTAVO 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.

2.9. CARGO NOVENO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: La excepción de inconstitucionalidad es procedente en el presente proceso.

DEMOSTRACIÓN:

Al ser pasibles de comparación los sujetos rogados en la demanda, y el demandante cumplir los presupuesto de la norma que contempla el reconocimiento y pago de la prima de actividad, al no haber ningún criterio objetivo probado en el proceso por parte de la entidad demandada, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se hace viable en el presente proceso, no para crear una tercera norma favorable al demandante como mal entiende dicha figura el Despacho, sino para aplicar los derechos fundamentales contenidos en la constitución de titularidad del demandante.

Aplicación que resulta viable, según el artículo 4 de la Constitución, pues es la norma de aplicación predilecta, al ser la de inferior jerarquía normas que conculcan dichos derechos fundamentales.

3. CON RELACIÓN AL SUBSIDIO DE FAMILIA

3.1. CARGO PRIMERO 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:

3.1.1. 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”	“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”
Primer Elemento hipotético	1. “casado”	
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.

3.1.2. 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 primer elemento, esto es el matrimonio 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 el día 9 de abril del año 2011, el demandante contrajo matrimonio con la señora ONEIDA DELGADO CRUZ, información que está consignada en la documental que fue incorporada en el proceso.

Declaración a la que debe prestar el carácter de plena prueba, pues no fue controvertida 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.”

El despacho olvida que el decreto establece un elemento temporal, “*A partir de la vigencia del presente Decreto*”, el cual debe valorar, como lo señala la norma misma. El hecho de que el demandante haya reclamado el subsidio de familia con posteridad a la entrada en vigencia del decreto 1161 de 2014, es porque antes de esa fecha, materialmente no existía subsidio de familia en la institución, porque el decreto 1794 de 2000, en su artículo 11, estaba derogado por el decreto 3770. Esta situación es pasada por alto por el Despacho. Pareciera que exige al demandante, el cumplimiento es un criterio absurdo, y materialmente imposible, haber reclamado el subsidio de familia a la entidad, cuando el mismo no existía en el ordenamiento jurídico.

Eso coloca al Demandante en una situación de actor de la sospecha, el debió sospechar que eventualmente se iba a crear un nuevo subsidio de familia, y que se iba a revivir el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, y bajo esa sospecha, y recalando sin aún existir dicho subsidio, debió solicitarlo a la institución para que así pueda ser beneficio de una norma que iba a revivir. No se que opinen los Honorables Magistrados, pero el suscrito está convencido que es una exigencia absurda la que condicionada el Despacho para poder acceder al reajuste solicitado.

3.2. CARGO SEGUNDO 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”⁵¹

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 expe-riencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”⁵²

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

⁵¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio De La Prueba Judicial*. tomo ii. editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 303

⁵² 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.

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”⁵³

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.”⁵⁴

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.

⁵³ Cf. AGUILÓ, Josep: *Sobre Derecho y argumentación*, Leonard Muntaner, Palma de Mallorca

⁵⁴ Sentencia C-374/02

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 *ius tantum* e *ius 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, lo 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).⁵⁵

De una lectura de lo anterior podemos entender lo siguiente: De un lado, la presunción invocada por el extremo demandante en la presente oportunidad, exime 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 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:

⁵⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio De La Prueba Judicial*. tomo ii. editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 311-312

“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 está 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"⁵⁶

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.

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

⁵⁶ Sentencia C-038 de 2004

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”⁵⁷*

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 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

⁵⁷ Énfasis nuestro.

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”*⁵⁸Sentencia C-038 de 2004

Posteriormente siguiendo dicha línea de interpretación del madato 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

⁵⁸ Énfasis del texto original.

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”.⁵⁹ 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”⁶⁰*
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**⁶¹; (ii) la libre configuración del Legislador*

⁵⁹ Énfasis propio.

⁶⁰ Énfasis propio.

⁶¹ 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”.

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 más 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.**⁶²*

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.”⁶³

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

⁶² Énfasis fuera del original.

⁶³ 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

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"> 1. <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 embargo, las consideraciones efectuadas respecto de la naturaleza, principios, teleología, propósito y objetivos que persigue esta prestación social desde su</i>

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
<u>SE PRESUME, PRIMA FACIE, CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN (INCONSTITUCIONAL)</u>

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 está 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 subsidiaria, pues en tal evento se desvirtúa la presunción de legalidad que pesa sobre el mismo.

3.3. CARGO TERCERO 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 *in dubio pro operario*, pues escogió la interpretación que desfavorece al trabajador, en lugar de la más favorable a los derechos del trabajador. Además de ser claramente contraria a la constitución, también, desconoce el precedente constitucional sobre la materia sin justificación alguna.

DEMOSTRACIÓN:

Para efectos de demostrar lo que se quiere decir, estructuraré el presente cargo en tres acápites: 1. En relación con el contenido del principio *in dubio pro operario y el principio de favorabilidad* desde el precedente aplicable; 2. Mostraré las dos interpretaciones existentes, con relación a la aplicación o no del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, y la duda sobre su vigencia; 3. Intentaré analizar lo propio en el caso concreto.

- I. Contenido del principio *in dubio pro operario y del principio de favorabilidad* desde precedente fijado por parte de la Honorable Corte Constitucional.

Desde la demanda, se le citó al Despacho el contenido del precedente fijado entre otras en la Sentencia T-002A/17, por parte de la Honorable Corte Constitucional que señala lo siguiente:

“5.2. El artículo 53 de la Constitución consagra el principio de *condición más beneficiosa* y establece que las peticiones de los trabajadores deben ser resueltas de acuerdo con la norma que les proporcione más beneficios, pues “[d]e conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.”

5.3. A partir de los mandatos contenidos en el artículo 53 constitucional se configuran los *principios de favorabilidad* para el trabajador, *pro operario* y *de condición más beneficiosa*.

El primero de estos principios conduce a aplicar la norma que más beneficie al trabajador ante la coexistencia de varias disposiciones vigentes que regulen una misma materia.

5.4. **El principio *in dubio pro operario* consiste en optar por la más favorables de las interpretaciones que ofrece la norma jurídica que rige la situación, cuando se presenta duda en la interpretación judicial, lo que genera incertidumbre para el juez, o, en general, al aplicador jurídico.**

5.5. Finalmente, el principio de la *condición más beneficiosa*, se torna relevante ante los tránsitos legislativos ante los cuales la adopción de una nueva norma en materia de seguridad social, puede afectar los derechos respecto de los cuales existe una expectativa legítima”

Ahora, siguiendo la misma línea de la Honorable Corte Constitucional, **Sentencia SU027/21**, se dijo con absoluta claridad que:

“Así las cosas, **LA FAVORABILIDAD** no sólo **ES APLICABLE** ante el conflicto que surge entre dos normas de distinta fuente formal del derecho o incluso entre dos normas de la misma fuente de derecho sino **TAMBIÉN ANTE LAS DIVERSAS INTERPRETACIONES QUE PUEDE ADMITIR UNA NORMA**⁶⁴

(...)

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-168 de 1995

(...) si a juicio del fallador la norma –y esto incluye a las convenciones colectivas- **presenta dos alternativas posibles de interpretación, el juez debe inclinarse por la más favorable al trabajador**, en aplicación del principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 C.P. y del derecho fundamental al debido proceso. SU-241 de 2015

(...)

Bajo esta misma perspectiva, la sentencia SU-445 de 2019 reiteró los argumentos expuestos en las providencias C-168 de 1995, T-001 de 1999, T-800 de 1999, SU-1185 de 2001, T-972 de 2010, T-350 de 2012, SU-241 de 2015, SU-113 de 2018 y SU-267 de 2019, respecto al deber de aplicar el principio de favorabilidad por parte de los jueces **en la interpretación de normas** -incluyendo las convenciones colectivas de trabajo- como una forma de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores.”

De acuerdo a los precedentes citados, la favorabilidad se da en dos vías: 1. “ante el conflicto que surge entre dos normas de distinta fuente formal del derecho o incluso entre dos normas de la misma fuente de derecho”; 2. **“TAMBIÉN ANTE LAS DIVERSAS INTERPRETACIONES QUE PUEDE ADMITIR UNA NORMA”**

- II. Duda que se presenta en la aplicación de la normativa jurídica del subsidio de familia.

La duda que se presenta tiene relación con la aplicabilidad o no del artículo 11 decreto 1794 de 2000, específicamente por su aspecto temporal de vigencia. O otras palabras: ¿el decreto 1161 de 2014 subrogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000? O, por el contrario, ¿A partir de la acción de revivir el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, este deroga tácitamente el decreto 1161 de 2014 subrogó?

TESIS QUE AFIRMA LA SUBROGACIÓN DE DICHA NORMA.

Dicha tesis se fue presentada por el **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B”** consejero ponente: **CESAR PALOMINO CORTES**, en un auto, que no tiene la condición de ser precedente obligatorio, y señala 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.”⁶⁵*

⁶⁵ **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).

Con base en esta interpretación sobre la vigencia del artículo 11 decreto 1794 de 2000, se tiene que la misma se da, hasta la entrada en vigencia del **el Decreto 1161 de 2014** pues este lo subroga tácitamente.

TESIS QUE AFIRMA LA VIGENCIA DE DICHA NORMA HASTA EL PRESENTE MOMENTO.

Una segunda tesis, sostiene que en la actualidad el artículo 11 decreto 1794 de 2000, se encuentra vigente, y por tal razón, es de aplicación directa al reconocimiento del subsidio de familia de los solados profesionales.

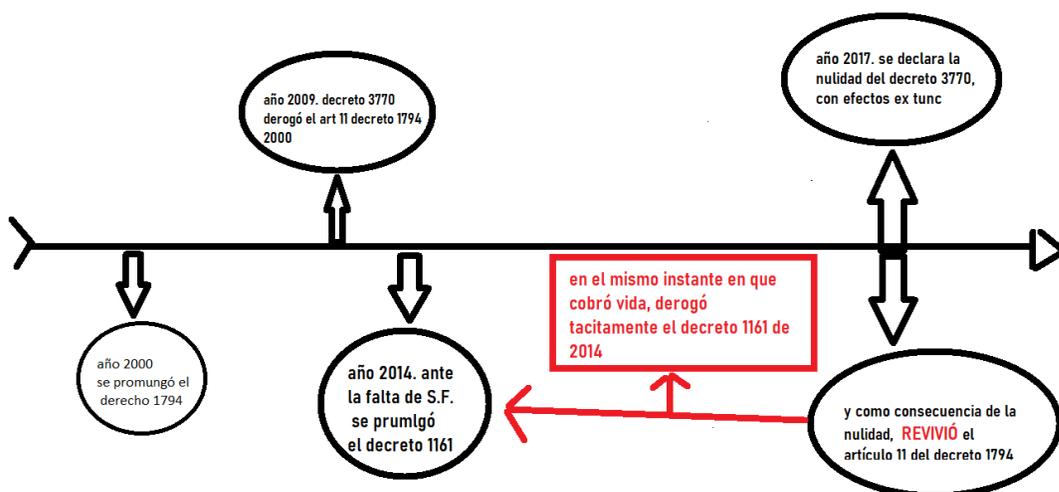
La premisa base, es la diferencia ontológica del acto jurídico de la declaratoria de nulidad y el acto jurídico derivado de dicha declaratoria, es decir la acción de revivir una norma jurídica.

Así una cosa es la declaratoria de nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 2009, que se dio en el año 2017 y que se retrotrae en el tiempo, hasta la expedición de dicho decreto, es decir hasta el año 2009, lo que implica que decreto anulado nunca existió en el ordenamiento jurídico.

Y otra cosa, es el efecto o consecuencia de la nulidad, que se evidenció en que a partir de la nulidad del Decreto 3770 de 2009 **REVIVIÓ** las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, acto que no implica el regreso en el tiempo, porque ontológicamente la acción de revivir se dio en el año 2017, ahí se revivió la norma que estaba anulada.

En este sentido, al darse la consecuencia de **REVIVIR** el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en el año 2017, es en ese momento, a partir de la acción de **REVIVIR**, que al cobrar vida dicho artículo, tácitamente deroga el **el Decreto 1161 de 2014**,

En línea de tiempo, un poco osada, me permito de forma respetuosa presentarle al Despacho la interpretación que se plantea.



En otras palabras, 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.

III. Conclusión del cargo que se presenta.

Así las cosas, resulta más favorable, a los derechos laborales del demandante, la interpretación según la cual el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, en la actualidad se encuentra vigente. Pues se parte de la realidad expresa que no existe en el ordenamiento jurídico norma jurídica que de forma expresa señala la subrogación o derogatoria de dicha norma, lo que conlleva que su vigencia sea determinada por la interpretación.

La interpretación según la cual, el decreto 1161 de 2014, subrogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, tiene tres debilidades:

La primera: Es contraria al principio *in dubio pro operario* pues no es la más favorables de las interpretaciones para la garantía de los derechos laborales del demandante:

La segunda: tiene una presunción de inconstitucionalidad en contra, pues al modificar un derecho prestacional, contradice el mandato de progresividad del artículo 48 de la Constitución, y como lo vimos antes, se presume *prima facie* inconstitucional;

La tercera: no cumple con los requisitos que emanan de la **Sentencia C-502/12**, de la Honorable Corte Constitucional, que en su literalidad expresa:

“La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, LAS NORMAS JURÍDICAS PREEXISTENTES y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga.”

Requisito esencial, para la subrogación es que hayan **“NORMAS JURÍDICAS PREEXISTENTES”** y en el momento real de la expedición del decreto 1161 de 2014, no existía ninguna norma jurídica que reconociera el subsidio de familia para los soldados profesionales.

Lo es real es que la existencia del decreto 1161 de 2014, fue primero, que la acción de revivir el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, y al ser este el último en el tiempo, debe afectar al anterior, con la figura de la derogatoria tácita.

Ahora, la aplicación de la interpretación según la cual el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, en la actualidad se encuentra vigente, es garantista del principio *in dubio pro operario* pues al aplicar dicha interpretación el derecho del demandante se ve garantizado en mejor forma y cuantía.

Además, los principios de la ley en el tiempo, el último fenómeno jurídico ocurrido fue la acción de revivir dicha norma, y sería un contrasentido decir, que revivió pero que no revivió porque estaba subrogada.

Así las cosas, la sentencia no tuvo en cuenta dicha interpretación favorable con relación al contenido de la subrogación de la norma, y el acto de revivirla, que de haberse tenido en cuenta otro sería el fallo, pues se había aplicado el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

Situación que amerita la intervención del fallador se segunda instancia para que el fallo sea corregido en derecho, y así se haga efectiva la supremacía de la constitución y la eficacia de los derechos laborales del demandante.

Sin olvidar que a la luz de los principios invocados, tanto de favorabilidad como el principio de *in dubio pro operario* lo que importa es que ante la existencia de dos interpretaciones, una favorable y otra desfavorable a los derechos del trabajador, el operador jurídico debe aplicar la más favorable, al margen si se encuentra o no de acuerdo con el contenido de cada una de ellas, pues de no ser así, estaríamos ante una confirmación de alguna interpretación o la creación de una tercera interpretación.

3.4. 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 la *condición más beneficiosa*, pues desconoció la afectación del derecho a recibir el subsidio de familia, del cual existe una expectativa legítima, causada por el tránsito legislativo (normativo) en materia de seguridad social, generado por la expedición del decreto 1161 de 2014. Además de ser claramente contraria al contenido de la constitución, también, desconoce el precedente constitucional sobre la materia sin justificación alguna.

DEMOSTRACIÓN:

I. contenido del principio de condición más beneficiosa

Desde la demanda, se le citó al Despacho el contenido del precedente fijado entre otras en la Sentencia T-002A/17, por parte de la Honorable Corte Constitucional que señala lo siguiente:

“5.2. El artículo 53 de la Constitución consagra el principio de *condición más beneficiosa* y establece que las peticiones de los trabajadores deben ser resueltas de acuerdo con la norma que les proporcione más beneficios, pues “[d]e conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.”

5.3. A partir de los mandatos contenidos en el artículo 53 constitucional se configuran los *principios de favorabilidad* para el trabajador, *pro operario* y de *condición más beneficiosa*.

El primero de estos principios conduce a aplicar la norma que más beneficie al trabajador ante la coexistencia de varias disposiciones vigentes que regulen una misma materia.

5.4. El principio *in dubio pro operario* consiste en optar por la más favorables de las interpretaciones que ofrece la norma jurídica que rige la situación, cuando se presenta duda en la interpretación judicial, lo que genera incertidumbre para el juez, o, en general, al aplicador jurídico.

5.5. Finalmente, el principio de la **condición más beneficiosa**, se torna relevante ante los tránsitos legislativos ante los cuales la adopción de una nueva norma en materia de seguridad social, puede afectar los derechos respecto de los cuales existe una expectativa legítima”

II. Naturaleza jurídica del subsidio de familia

Desde la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, el subsidio de familia ha sido entendido como: “el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del **RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL**” según las voces propias de la Sentencia C-508 de 1997

“Naturaleza jurídica del subsidio familiar

En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia 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. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

*Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. **ASÍ MISMO, EL SUBSIDIO FAMILIAR ES CONSIDERADO COMO UNA PRESTACIÓN PROPIA DEL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL.***”

Ahora, desde la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, en sentencia de aplicación al presente caso, de **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, donde se declaró “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.” Dijo con relación a la naturaleza del subsidio de familia que:

“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.

De aquí se tiene con absoluta claridad que la naturaleza jurídica del subsidio de familia es la de **“UNA PRESTACIÓN PROPIA DEL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL”** razón por la cual, se le aplica el principio de condición más beneficiosa, pues *“el principio de la condición más beneficiosa, se torna relevante ante los **TRÁNSITOS LEGISLATIVOS** ante los cuales la adopción de **UNA NUEVA NORMA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**, puede afectar los derechos respecto de los cuales existe una expectativa legítima”*

III. Expectativa legítima

La Corte Constitucional definió el concepto de “expectativa legítima”, en los siguientes términos:

“una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada. Tales expectativas pueden ser modificadas por el legislador en virtud de sus competencias, si ello se requiere para cumplir fines constitucionales, pero no pueden ser modificadas de una manera arbitraria en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos” Corte Constitucional. Sentencia C-663 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda

Y siguiendo con las palabras de la Honorable Consejo de Estado, en la sentencia de **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.”*** Tenemos que:

*“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.”*

De lo que se sigue, que el demandante **se encuentra incurso en una expectativa legítima** durante la vigencia del **artículo 11** tiene el reconocimiento al derecho objetivo, sin que hubiera alcanzado al **expreso reconocimiento al derecho subjetivo.**

Súmese que para la fecha en que ingresó el demandante a la entidad demandada el decreto 1794 de 2000 se encontraba vigente, y con ello la exceptiva en este caso de adquirir dicho beneficio era plausible. El cambio en la legislación del decreto 1161 de 2014 cercenó dicha posibilidad.

IV. Desconocimiento del principio por parte del Despacho.

Si el despacho hubiera reconocido la aplicación del **principio de la condición más beneficiosa**, otra hubiera sido la sentencia. Incluso acudiendo a la tesis restrictiva de la subrogación del artículo 11 de decreto 1794 de 2000, observando que el demandante **se encuentra incurso en una expectativa legítima** durante la vigencia del **artículo 11** tiene el reconocimiento al derecho objetivo, sin que hubiera alcanzado al **expreso reconocimiento al derecho subjetivo..**

3.5. 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, pues señala el Despacho que los dos sujetos invocados en la comparación no son pasibles de la comparación.

DEMOSTRACIÓN:

Dice que Honorable Consejo de Estado en la sentencia de **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.”**, que la reforma del subsidio de familia es un acto discriminatorio en sí mismo:

*“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) *(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.

El despacho afirmó que la comparación propuesta en el juicio de igualdad con relación a los soldados que devengan el subsidio de familia no es posible porque cada uno lo adquirió bajo régimen normativo diferente, palabras que son contraria a lo señalado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de precedente, pues es una sentencia de nulidad.

Incluso va más lejos, y extiende el juicio de comparación con los **suboficiales y oficiales a quienes se les reconoce dicho derecho objetivo**, situación que no fue tampoco tenida en cuenta por el Despacho.

Al quedar demostrado que los dos sujetos propuestos en el juicio de igualdad presentado al Despacho en la demanda si son posibles de ser comparados, pues ya el mismo Honorable Consejo de Estado manifestó su apreciación sobre la **Discriminación que se presenta en dos posibles hipótesis normativas**, de una lado: quedan desacreditas las consideraciones presentadas por el Despacho; de otros, exigen que el Despacho en la sentencia aplique todo el debido proceso probatorio fijado en el precedente constitucional para el juicio de igualdad. Esto es:

el precedente constitucional⁶⁶, 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 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:

⁶⁶ 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”.⁶⁷

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”⁶⁸*

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.

3.6. CARGO SEXTO CONTRA LA SENTENCIA

CARGO: La excepción de inconstitucionalidad es procedente en el presente proceso.

DEMOSTRACIÓN:

⁶⁷ Énfasis propio.

⁶⁸ Énfasis propio.

Hay una presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo que negó el reconocimiento y pago del reajuste del subsidio de familia, que tiene como fuente normativa el precedente constitucional invocado, 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, presunción que no fue desvirtuada por la entidad demandada.

Por tal razón, en esta etapa del proceso, debe tenerse por cierto que el acto administrativo es inconstitucional, razón más que suficiente para decretar la excepción de inconstitucionalidad.

Misma excepción que resulta procedente a la luz del principio de favorabilidad, al escoger la interpretación que resulta más favorable a la luz de los derechos fundamentales para el trabajador.

4. 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 subsidiaria a la anterior, se proceda de acuerdo a lo señalado en el artículo 287 del Código General Del Proceso.
3. Se declara la nulidad de la sentencia, por ser violatoria del derecho fundamental del debido proceso, pues no respetan las garantías de la “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” señaladas en el artículo 55 de la Ley Estatutaria De Administración De Justicia; en los artículos 280 y 281 de Código General del Proceso, y en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, de forma especial, del principio de la congruencia.
4. Se revoque, por los cargos aquí analizados el numeral segundo, de la sentencia que en su tener literal dice: “**SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda elevada por el señor JHON NEVI MORALES GAÑAN, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.”
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.