



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

Radicación: 110001-33-35-030-2021-00077-01
Demandante: JOSE DANIEL CHÁUX SUÁREZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Correspondió a la Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en uso de sus facultades legales, el conocimiento para emitir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso, tramitado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Se procede entonces a resolver los recursos de apelación interpuesto por la **parte actora** y **la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** contra la sentencia proferida el veintitrés (23) de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1 LA DEMANDA

El señor **José Daniel Cháux Suárez** acudió a la Jurisdicción, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Oficio núm. "20183111778281 MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 18 de septiembre de 2018."sic.
- Acto ficto resultante del silencio administrativo con ocasión de la respuesta presunta negativa a la petición con radicado núm. CXX52AP39D, que negó el reconocimiento y pago de "la diferencia salarial del 20%, y el reconocimiento y pago de la prima de actividad" al actor.

A título de restablecimiento del derecho pretendió que se declare que ha desempeñado las mismas funciones que un soldado profesional que fue voluntario, y que se encuentra en el mismo supuesto de hecho que contempla la norma para el reconocimiento y pago de la prima de actividad frente a los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional.

A título de condena solicitó el reconocimiento y pago de: (i) “la diferencia salarial del 20%, dejada de percibir, conforme con la Ley 131 de 1985 y el decreto 1794 de 2000, la cual *“deberá ser pagada de acuerdo a los porcentajes establecidos para oficiales y suboficiales”*; (ii) “la prima de actividad, de acuerdo a las normas vigentes” y (iii) el subsidio de familia, con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000

Requirió se condene a la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** a *“reliquidar todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, así como los que no lo son, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%”*

De igual forma, pidió que el pago se haga efectivo desde el año en que el demandante ingresó a las filas del Ejército Nacional, que se condene en costas y agencias en derecho y se de cumplimiento a la sentencia conforme con los parámetros establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.2 Hechos y omisiones.

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

- El señor **José Daniel Cháu Suárez**, fue incorporado a las filas del Ejército Nacional como soldado profesional en calidad de *“soldado nuevo*, es decir, sin haber sido soldado voluntario.
- El accionante desempeño sus funciones, en igualdad de condiciones a los soldados voluntarios y cumplió sus actividades en las mismas condiciones de los oficiales y suboficiales de la institución.
- A través del oficio Rad. núm. **CXX52AP39D** del 7 de septiembre de 2018, el señor Cháu Suarez, solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, prima de actividad y reajuste del subsidio familiar.
- Mediante acto administrativo núm. 20183111778281: MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 18 de septiembre de 2018, la entidad demandada negó el reajuste del subsidio familiar.
- Frente a la diferencia salarial del 20% y la prima de actividad, la accionada no realizó ningún pronunciamiento.
-

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

CONSTITUCIONALES: artículos 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93, 94, 125 y 127 de la Constitución Política.

LEGALES: artículo 134 de la Ley 1437 de 2011

NORMAS DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo 24 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador; y artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Manifestó que el acto administrativo cuya nulidad se depreca, fue expedido con “*infracción de las normas en que debería fundarse*”, por cuanto desconoce el derecho a la igualdad de los soldados profesionales en Colombia frente a otros integrantes de la institución, especialmente frente a los emolumentos reclamados a través del medio de control objeto de estudio, por lo que argumentó su afirmación de la siguiente manera:

- **Igualdad del 20% del salario:** se vulneró el derecho a la igualdad, por cuanto los soldados voluntarios y los soldados profesionales no fueron objeto de ninguna distinción en el Decreto 1793 de 2000. Sin embargo, a pesar de cumplir con obligaciones y funciones idénticas, existe una diferencia del 20% entre el valor de los salarios reconocidos a estas categorías a pesar de hacer parte de la misma carrera administrativa.
- **Prima de actividad:** la decisión de la entidad crea un cargo de desigualdad entre los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y los soldados profesionales, pues, un funcionario de las Fuerzas Militares tiene derecho a devengar la prima de actividad mientras se encuentre “*en servicio activo*” o “*mientras permanezcan en el Desempeño de sus funciones*”, por lo que el único punto a tener en cuenta para su reconocimiento, es pertenecer a las Fuerzas Militares sin que la jerarquía de mando sea un factor influyente par su aplicación.
- **Subsidio familiar:** la entidad desconoció el Decreto 1794 de 2000, que establece la liquidación del subsidio familiar en el 4% del salario básico mensual más la totalidad de la prima de antigüedad y como consecuencia vulneró el derecho a la igualdad del actor, pues al aplicar la Ley 1161 de 2014 se presentó una diferencia del 50% en el valor reconocido por este concepto

1.4 Contestación de la demanda.

La mandataria judicial del de la entidad accionada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en los siguientes términos:

- **Reajuste salarial del 20%:** debido a que el actor no fue vinculado como soldado voluntario, no tiene derecho a la liquidación de su asignación básica mensual en los términos del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, lo cual constituye un requisito para su reconocimiento y en este sentido el acto administrativo demandado fue proferido conforme a las normas legales y constitucionales que regulan la materia. Resaltó que los sujetos a que se refiere el cargo de desigualdad, constituyen grupos jurídicamente diferenciados con ocasión de su fecha y forma de vinculación, lo cual, tiene como consecuencia que la pretensión reclamada solo sea procedente para soldados voluntarios que fueron vinculados como soldados profesionales sin que esta sea la situación jurídica del demandante.
- **Subsidio Familiar:** el acto administrativo demandado no negó el reconocimiento de este subsidio, pues el señor Cháux Suarez ha devengado este emolumento conforme a la normatividad vigente para el momento en que formalizo su solicitud (decreto 1161 de 2014) por lo que no existió ninguna desmejora en su

reconocimiento y actualmente se encuentra incluido como valor computable de su asignación de retiro.

- **Prima de actividad:** el Decreto que regula el sistema prestacional de los soldados profesionales no establece el pago de esta asignación por lo que no es posible reclamarla invocando el derecho a la igualdad.

1.5. Decisión judicial objeto de impugnación.

El Juzgado 30 Administrativo

del **Circuito Judicial de Bogotá**, en sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, accedió al reconocimiento del subsidio familiar en los términos del del Decreto 1794 de 2000 y denegó las demás pretensiones de la demanda.

En primer lugar, del régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios incorporados como profesionales, donde parte del contenido de la Ley 131 de 1985, el Decreto 1793 de 2000 y el Decreto 1794 de 2000, interpretando que la última normativa mencionada respetó los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se encontraban incorporados al 31 de diciembre de 2000, y que luego se vincularon por voluntad propia como soldados profesionales, debido a que se les mantuvo su retribución mensual correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y determinó que para los soldados nombrados a partir del 1 de enero de 2001 como profesionales, una contraprestación por el servicio prestado equivalente a un salario mensual igual al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40%. Argumento su dicho para cada una de las pretensiones así:

Subsidio Familiar: señaló que, para la fecha en que el Actor se vinculó a las Fuerzas Militares, no estaba en vigencia el *“artículo 11 del decreto 1794 ya que fue derogado por el Decreto 3770” sic*, por lo que no existía una norma jurídica que le permitiera reclamar este subsidio. Sin embargo, una vez se expidió el decreto 1161 de 2014, el actor realizó la declaración para reclamar este emolumento. Así las cosas, el derecho del demandante surge a partir de la ejecutoria de la sentencia de 8 de junio de 2017 que declaró la nulidad del artículo 1° del decreto 3770 que derogó el subsidio familiar y en consecuencia tiene derecho al subsidio reclamado.

Prima de Actividad: no hay norma constitucional o legal que ordene que los soldados profesionales deben recibir este emolumento. Debe entenderse que, a pesar que los soldados profesionales pertenecen al Ejército Nacional, ello no significa la existencia de categorías de empleo que deban tener los mismos derechos salariales y prestacionales. Así mismo, lo que finalmente se establece en la Constitución y la Ley es que los soldados profesionales tienen un régimen salarial y prestacional único que puede sufrir modificaciones o adiciones de forma concertada y como consecuencia no es posible adicionarlo acudiendo a estatutos diferentes como son los de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares ya que esto desconocería el principio inescindibilidad de la Ley.

Diferencia Salarial del 20%: no es posible maximizar el derecho a la igualdad en el sentido de buscar “igual trabajo a igual salario”, pues este presupuesto tendría dificultades de

eficacia al no poder generar una igualdad “*peso a peso y factor por factor*” y por el contrario es perfectamente aplicable la existencia de diferentes regímenes salariales en una institución. En este sentido, la desigualdad existente frente a los sueldos básicos devengados por soldados profesionales que tuvieron la categoría de voluntarios y aquellos que no ostentaron esta calidad, no resulta inconstitucional y por lo tanto las normas que lo regulan deben permanecer vigentes.

En virtud de las consideraciones antes expuestas, el Juez de Primera Instancia declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, y ordeno:

“Tercero. -Ordenar, a título de restablecimiento del derecho, al MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL, reconocer a JOSÉ DANIEL CHÁUX SUÁREZ, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 1.077.844.124, la partida denominada subsidio familiar preceptuada en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, acorde con lo expuesto.

Cuarto.-Ordenar al MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL pagar al demandante el valor de las diferencias que resultaren del reconocimiento del subsidio familiar y los reajustes anuales a su favor a partir de la fecha de su vinculación a la institución demandada y mientras cumpla con los requisitos de que trata el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, sin aplicar prescripción alguna, debiendo descontar las sumas que le han sido canceladas en virtud del subsidio familiar del Decreto 1161 de 2014 y que actualmente devenga. La entidad demandada hará los descuentos, debidamente indexados, que por aportes se deban realizar para efectos pensionales, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

(...).”

1.5. De los recursos de apelación.

Inconformes con lo decidido en la sentencia del 23 de septiembre de 2021, los apoderados de la parte actora y la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

1.5.1 Parte Actora.

El apoderado de la parte actora se opuso al numeral octavo de la sentencia, por medio del cual, se denegaron las pretensiones de la demanda, ajenas al reconocimiento del subsidio familiar para lo cual sustentó sus argumentos de la siguiente manera:

- **Frente a los argumentos y estructura de la sentencia:** solicitó la nulidad parcial de la sentencia teniendo en cuenta que: i) el Juez de primera instancia, desconoció los cargos de nulidad planteados frente a los actos administrativos demandados así como los argumentos jurídicos relacionados en la demanda y en su contestación; (i) la providencia no tuvo como sustento el principio de igualdad y en consecuencia “*la modalidad de trabajo igual salario igual*”, (ii) no se tuvieron en cuenta los principios generales de la carrera administrativa en las Fuerzas Militares para los soldados profesionales, (iii) fue desconocido el presupuesto que los soldados, los oficiales y suboficiales se encuentran en igualdad de condiciones por “*ser miembros de las fuerzas armadas de Colombia, No en la jerarquía de mando*”, iv) no se desarrolló el derecho fundamental a la no discriminación como fundamento del principio a la

igualdad y v) no se resolvieron las pretensiones declarativas y subsidiarias, planteadas en la demanda.

Como consecuencia de lo expuesto pidió que, de no accederse a la declaratoria de nulidad parcial de la sentencia, el Despacho se pronuncie frente a las omisiones del Juez.

- **Reajuste del 20% salarial:** i) *“No conformó la proposición jurídica completa de las normas aplicables para resolver la litis, pues omitió señalar y aplicar la sentencia de unificación de la H. Corte Constitucional, sentencia SU-519/97”;* ii) desconoció la igualdad formal en la cual se encuentra el demandante en relación con los soldados voluntarios; iv) no tuvo en cuenta la igualdad material en lo que tiene que ver con las funciones desempeñadas por los diferentes tipos de soldados; v) no fue probada ninguna causal objetiva que justifique el trato desigual recibido por el actor pues los argumentos expuestos se tuvo en cuenta un criterio objetivo ficticio; iv) no estudió la presunción de discriminación a favor de la parte actora; v) se desconoció el precedente constitucional contenido en las sentencias C-022/96, C-862/08 y C-536/6 que señalan *“la carga argumentativa esta inclinada en favor de la igualdad”;* vi) no se probó que el pago recibido por el demandante corresponda sea acorde a la cantidad y calidad del *“trabajo que aporta a la institución”;* vii) el fallo desconoció el artículo 53 de la CP.

- **Prima de actividad:** i) no realizó un análisis profundo de los cargos de violación con respecto a la naturaleza de la prima; ii) no tuvo en cuenta los parámetros de comparación señalados en la demanda; iii) confundió la naturaleza con la retribución de a trabajo igual salario igual; iv) la entidad no presentó ninguna excepción que desvirtuara el derecho a la no discriminación lo cual no fue tenido en cuenta; v) el Despacho asume que las funciones de los oficiales y suboficiales son diferentes a las que presta el soldado profesional lo cual justifica la exclusión del reconocimiento de la prima lo cual no es un criterio objetivo que justifique la desigualdad; vi) la sentencia es contraria al parágrafo del artículo 334 de la C.P.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó:

1. *“Se aplique la excepción de ilegalidad o excepción de inconstitucionalidad, en aras de que se inaplique el artículo 287 del Código General Del Proceso, y en su lugar se aplique el artículo 55 la ley estatutaria de administración de justicia y el derecho fundamental al debido proceso y doble instancia.*
2. *Pretensión subsidiara a la anterior, se proceda de acuerdo a lo señalado en el artículo 287 del Código General Del Proceso.*
3. *Se revoque, por los cargos aquí analizados el numeral Octavo, de la sentencia que en su tener literal dice: “Denegar las demás súplicas de la demanda”*
4. *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.*
5. *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.*
6. *Condenar en costas a la entidad demandada en esta instancia y en primera.”*

1.5.2 Entidad accionada.

La Mandataria Judicial de la Nación – Ministerio De Defensa – Ejército Nacional opuso a los numerales segundo a sexto de la providencia impugnada, por medio de los cuales, el Juez de primera instancia ordenó el reconocimiento y pago del subsidio familiar al demandante, en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y la cancelación de las diferencias ocasionadas como consecuencia del reconocimiento realizado por la entidad en virtud del Decreto 1161 de 2014.

Argumentó que, en ningún momento se desconoció esta asignación al señor Cháux Suarez, pues, el demandante solicitó su reconocimiento el 4 de agosto de 2014 y este fue despachado favorablemente a través de Orden Administrativa de Personal núm.: EJC. 2374 del 30 de noviembre de la misma anualidad, teniendo como fundamento el Decreto 1164 de 2014.

Aclaró que, el cumplimiento de los requisitos, se materializó con la declaratoria de la unión marital de hecho por parte del actor a través de escritura pública núm.1412 del 30 de julio de 2014 y la correspondiente actualización de su estado civil, momento en el que nacen a la vida jurídica los derechos y obligaciones de quienes conviven. Sin embargo, para el caso concreto, este requisito se acreditó con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014. En este sentido resaltó que, la institución conoció del estado civil y condiciones familiares del actor solo hasta el momento en que fue solicitado el subsidio familiar, es decir el 6 de agosto de 2014 y no desde el momento en que se vinculó a la entidad como lo dispuso el *a quo*.

Finalmente resaltó que, el actor no contaba con una situación jurídica consolidada antes de la expedición de la Orden Administrativa de Personal No. 2374 del 30 de noviembre de 2014 que reconoció el derecho al subsidio familiar del actor y por lo tanto esta actuación debió ser demandada al tratarse de un acto administrativo expedido en cumplimiento del ordenamiento legal.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del, se admitieron los recursos interpuestos y en consideración a que las partes no elevaron solicitud probatoria alguna, se dio aplicación a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011.

El agente del **Ministerio Público** no rindió concepto de fondo.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Competencia

Conforme lo dispone el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso, y siendo que la sentencia objeto del recurso de apelación fue

proferida en primera instancia por el **Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, esta Sala de Subsección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para decidir el asunto en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico.

Una vez realizadas las precisiones del caso, este Tribunal entiende que los problemas jurídicos en el caso de la referencia se circunscriben a determinar si:

- El subsidio familiar reconocido al actor debe regirse por las disposiciones del Decreto 1164 de 2014 o las emanadas del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.
- El señor Cháux Suárez en su calidad de soldado profesional tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad.
- Es procedente el reajuste del salario del demandante teniendo como base el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, es decir, incrementando el 60% al salario mínimo legal vigente y no el 40% como es reconocido.

3.3 Cuestiones previas

3.3.1 Solicitud de nulidad sustentada por el actor.

Debe recordarse que, en el recurso de alzada, el apoderado de la parte actora pidió la declaratoria de nulidad parcial de la sentencia por encontrarse viciada por la incongruencia “*en la forma externada y en citra petita*” y en consecuencia solicitó la inaplicación del artículo 287 del C.G.P para en su lugar aplicar el artículo 55 de la Ley estatutaria de administración de justicia y los derechos al debido proceso y doble instancia. Lo anterior con el fin que se ordene al *a quo* complementar la sentencia y resolver de fondo los puntos planteados.

Frente a las causales de nulidad, el artículo 133 del Código General del Proceso señaló:

“Artículo 133. Causales de nulidad

El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. *Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.*
2. *Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*
3. *Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.*
4. *Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.*
5. *Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.*
6. *Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o recorrer su traslado.*

7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Quando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

Así las cosas, considera la Sala que las causales de nulidad son taxativas, y en este sentido dentro del proceso adelantado por el *a quo*, no se encuentra demostrada la existencia de alguno de los presupuestos atrás citados, por lo que no se accederá a esta pretensión.

A pesar de lo expuesto, dando alcance al escrito presentado por la parte actora en donde se solicita que: “en caso de no haber prosperado las anteriores pretensiones, complemente la sentencia en lo que no resolvió el juzgado” y teniendo en cuenta que los puntos objeto de inconformidad fueron ventilados como fundamento del recurso que ocupa nuestra atención, esta Colegiatura se pronunciará al respecto en el momento de realizar el análisis de mérito.

3.3.2 Recurso de apelación del Ministerio Público

Al respecto debe señalarse que, en audiencia del 23 de septiembre de 2021, la representante del Ministerio Público manifestó su inconformidad frente a las conclusiones de la sentencia, específicamente en lo que tiene que ver con el reconocimiento del subsidio familiar al demandante, el cual fue concedido ante esta instancia. Sin embargo, en escrito del 28 de septiembre de 2021 la referida parte allegó al Juzgado un escrito en el que sustentaba su posición en calidad de “*parte no recurrente*”. Lo anterior con fundamento en que la decisión adoptada por el Juez de primera instancia se ajustaba a derecho y en consecuencia, no persistían los argumentos de inconformidad planteados inicialmente, por lo que coadyuvó el planteamiento formulado.

Así las cosas, como quiera que la manifestación del Ministerio Público fue clara en el sentido de señalar su conformidad con la sentencia inicialmente controvertida, y como quiera que para el momento en que fue radicado el escrito atrás señalado no se había proferido ninguna providencia que pusiera fin al proceso, se aplicarán las disposiciones sobre desistimiento de ciertos actos procesales consagrado en los artículos 268¹ del C.P.A.C.A y 316 del C.G.P.

¹ Artículo 268. Desistimiento

El recurrente podrá desistir del recurso mientras no se haya dictado resolución judicial que ponga fin al mismo. Si el desistimiento solo proviene de alguno de los recurrentes, el recurso continuará respecto de las personas no comprendidas en el desistimiento.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y solo perjudica a los solicitantes y a sus causahabientes.

A la solicitud le serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 316 del Código General del Proceso, en lo pertinente, incluida la condena en costas.

3.4. Análisis de la Sala.

3.4.1 Evolución normativa regular del subsidio familiar previsto para los soldados e infantes de marina de las Fuerzas Armadas en actividad.

La Constitución Política de 1991 instituyó competencias concurrentes y articuladas entre el Legislador y el Gobierno Nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y, en concreto, de los miembros de las Fuerzas Armadas. Muestra de ello, es que corresponda al Congreso de la República expedir las leyes, y por dicha vía, dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los integrantes de la Fuerza Pública, de acuerdo con el numeral 19, literal e), del artículo 150 superior.

La satisfacción de tal previsión constitucional derivó en el advenimiento de la Ley 4ª de 1992, marco normativo que, a su vez, orientó y sustentó la expedición del Decreto 1794 de 2000, a través del cual el Gobierno Nacional estableció “*el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, dentro del que fue previsto, el subsidio familiar en los siguientes términos:

“Artículo 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”

Posteriormente, mediante derogatoria expresa contenida en el Decreto 3770 de 2009, el Gobierno Nacional dispuso suprimir el subsidio familiar establecido por el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, veamos:

“Artículo 1°. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Parágrafo 1°. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

Parágrafo 2°. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

Artículo 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.”

Empero, en sentencia proferida el 8 de junio de 2017², la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró, con efectos *ex tunc*, la nulidad del Decreto 3770 de 2009, razón que explica

Cuando el recurrente sea una entidad, órgano u organismo estatal, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial con autorización previa y escrita de su representante, debidamente acreditado, según lo previsto en el artículo 159 de este código.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de 8 de junio de 2017, Expediente núm. 11001-03-25-000-2010-00065-00, M.P. Dr. César Palomino Cortés.

por qué el subsidio familiar de que trata el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 recobró vigencia³, tanto como el índice de liquidación allí previsto.

Dicha situación permaneció así, en derecho⁴, hasta la expedición del Decreto 1161 de 2014, norma que se encargó de subrogar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, tal como sigue:

“Artículo 1°. *Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.* Créase, a partir del 1° de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a) *Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;*

b) *Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;*

c) *Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.*

Parágrafo 1°. *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.*

Parágrafo 2°. *Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1° de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.*

Parágrafo 3°. *Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.”*

Visto lo anterior, la Sala advierte que la evolución normativa y jurisprudencial del subsidio familiar previsto en favor de los soldados e infantes de marina de las Fuerzas Militares, imponía que tal emolumento deba ser reconocido en los términos, porcentaje y cuantía

³ La conclusión de reviviscencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 aludida, fue avalada por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia de 6 de julio de 2017 (Expediente núm. 11001-03-25-000-2012-00279-00(1051-12)), ocasión en la que aludió al alcance de los efectos del fallo proferido el 8 de junio de 2017, veamos:

“La declaratoria de nulidad total del Decreto 3770 de 2009, con efectos ex tunc (desde entonces), conlleva a que este acto administrativo haya perdido validez desde el momento mismo en que fue proferido, por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de su expedición; deviniendo en un imposible fáctico y jurídico someter a un nuevo juicio de legalidad al acto que ya fue declarado nulo.” (Negrillas de la Sala)

Dicho entendimiento fue reiterado en auto de 8 de septiembre de 2017 (Expediente núm. 11001-03-25-000-2010-00065-00), oportunidad en el que el Consejo de Estado hizo algunas apreciaciones sobre la vigencia del Decreto 1161 de 2014 que vale la pena poner en referencia:

“Por consiguiente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, “revive” los preceptos derogados, es decir, produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado “reviviscencia”. De acuerdo con lo dicho, 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.” (Resalta la Sala)

⁴ No en estricta cronología, en virtud de los efectos ex tunc de la sentencia proferida el 8 de junio de 2017, y su data evidentemente posterior a los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

previstos en la norma que se encontraba en vigor **al momento en que el servidor militar demuestra la condición que otorga el derecho reclamado, mientras subsista el derecho a devengarlos** y no medie retiro del servicio.

Tal condicionamiento fue precisado por parte del Consejo de Estado en sentencia de tutela de 27 de octubre de 2021 en la cual en virtud de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009 dicha Corporación señaló:

*“... la Sala no encuentra razonable que la autoridad cuestionada señalara que no procedía tal reconocimiento pues el demandante no había cumplido con uno de los presupuestos contemplados en dicha norma, esto es, el de reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio, precisamente porque **solo hasta que cobró ejecutoria la providencia del 8 de junio de 2017, la cual se recuerda fue objeto de solicitudes de aclaración y adición, además de una acción de tutela en su contra, era que el demandante contaba con la certeza de informar a la institución acerca de su estado civil, lo que finalmente ocurrió para el año 2018.***

Adicionalmente, se observa que las normas en comentario dispusieron para el reconocimiento del subsidio familiar el deber de reportar, informar o de presentar la solicitud; no obstante, para el momento en el que el accionante cambió su estado civil al de casado fue en el año 2013, anualidad para la cual, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 –aplicable para tal partida- se encontraba derogado expresamente por el Decreto 3770 de 2009 y, solo hasta finales del año 2017 fue que cobró firmeza la sentencia que declaró la nulidad de esta última norma.

Por tanto, la autoridad demandada no analizó lo relativo a las particularidades de la situación administrativa del demandante que conllevó a que inicialmente no pudiera acceder al subsidio familiar bajo el amparo del artículo 11 del citado Decreto 1794 de 2000, por cuanto para el año 2013 –cuando cambió su estado civil- tal norma había sido derogada”.

Resulta entonces necesario precisar que el Decreto 3770 de 2009 que derogó el derecho al subsidio militar tuvo plena vigencia desde el 30 de septiembre de 2009 al 30 de junio de 2014, lo cual impidió a los uniformados acudir a la entidad a informar el cambio de su estado civil, como quiera que la prestación que requería dicha acción no existía en dicho lapso. Sin embargo con la declaratoria de nulidad con efectos *ex tunc* que trajo consigo la sentencia de 8 de junio de 2017 y que cobró ejecutoria el año 2018 dicha situación varió y surge entonces el derecho en los términos del Decreto 1794 de 2000 para quienes, habiendo causado el derecho al subsidio familiar de conformidad con dicha norma, se vieron imposibilitados para solicitarlo por el obstáculo que representaba dicho decreto del año 2009.

3.4.2 Respecto del régimen de la prima de actividad del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

A través de la Ley 131 de 1961 se creó la partida denominada **prima de actividad** para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y en su artículo 1 determinó: “(...) *El personal de oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima de actividad igual al quince por ciento (15%) de su sueldo básico mensual (...)*”.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Decreto 2337 de 1971, normativa a través de la cual se reorganiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se determinó lo siguiente en referencia con la prima de actividad:

“(...) Artículo 59. Prima de Actividad. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo tendrán derecho a una Prima de Actividad que será del treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un uno y medio por ciento (1 ½ %) por cada año de servicio cumplido en el grado respectivo, sin que exceda de treinta y seis por ciento (36%).

Parágrafo. Cuando el oficial o suboficial sea ascendido al grado inmediatamente superior iniciará nuevamente la prima de actividad con el treinta por ciento (30%) del sueldo básico, reajustándose anualmente en la forma prevista en este Artículo. (...)”.

Tal precepto fue derogado por el Decreto 095 de 1989 “*por el cual se reforma el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, y consagró en sus artículos 154 y 155 lo concerniente al cómputo de la prima de actividad en los siguientes términos:

“(...) Artículo 82. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico (...)”.

Con la entrada en vigencia del Decreto 1211 de 1990, se mantuvieron las mismas condiciones de reconocimiento de la prima de actividad para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, esto es, que se seguiría reconociendo en un porcentaje equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

Finalmente se expidió el **Decreto 2863⁵** del 27 de julio de 2007 que en su artículo 2º modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, en los siguientes términos:

“(...) Artículo 2º. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

***Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990 (...)”** (Negrilla y Subraya fuera del texto).*

Así pues, la prima de actividad de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 fue aumentada en un 50%. De esta suerte, y como en virtud de la normativa referenciada, estos percibían la prestación a razón del 33% del respectivo sueldo básico, ahora deberían recibir un 16.5% más, valor que corresponde al 50% del 33%, lo cual nos da como resultado un 49.5% del sueldo básico.

Finalmente, una vez se realizó el respectivo ajuste de la prima de actividad, este fue implementado a la escala gradual porcentual correspondiente para el año 2008, la cual fue fijada por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 673 de 2008 que en su artículo 31 dispuso:

*“(...) Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, **los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990**, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).*

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%) (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto).

⁵ Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones

Como se observa, la normativa en cita determina que el porcentaje de la prima de actividad para las asignaciones en actividad será del 49.5% sin distinción alguna.

3.4.3. Respeto del régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales

Con la entrada en vigencia de la Ley 131 de 1985 se les otorgó la posibilidad a aquellos soldados que prestaron el servicio militar de forma obligatoria, continuar prestándolo de manera voluntaria, a quienes se les otorgarían las siguientes prerrogativas salariales y prestacionales:

“(…) Artículo 4°. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

Artículo 5°. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.

Parágrafo. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

Artículo 6°. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar (...).”

Con el objetivo de cumplir lo dispuesto en la Constitución de 1991, especialmente el contenido del literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia⁶, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, y en ella señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la determinación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

La Ley 4 de 1992, consagró los criterios y objetivos a los cuales debía sujetarse el Ejecutivo al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, dentro de los que señaló:

“(…) Artículo 1°. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijará el régimen salarial y prestacional de (...) d) Los miembros de la Fuerza Pública (...) el cual se fijará cada año

(...)

Artículo 2°. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

*a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. **En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;***

⁶ Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:
e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

(...)

j) **El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño:**

(...)

Artículo 3º. El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos (...).
(Negrilla y subraya fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se observa que la Ley 4 de 1992, fijó unos parámetros que debía atender el Gobierno Nacional al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, sin embargo, la misma norma determinó que el sistema salarial y prestacional debía atender la estructura de los empleos, y para ello las remuneraciones deberían calcularse de acuerdo con el nivel de los cargos, la naturaleza de las funciones, las responsabilidades y sobre todo las calidades exigidas para cada uno de los empleos.

Ahora bien, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1794 de 2000**, a través del cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, y en él se fijaron las siguientes condiciones:

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 4. Prima de vacaciones. *A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al cincuenta por*

ciento (50%) del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.

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

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

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

(...)

Artículo 11. Subsidio familiar. *A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente (...)

De la lectura de la norma en cita se evidencia que el Gobierno Nacional, en virtud de la facultad otorgada por la Ley 4 de 1992 determinó el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, y en él no fue incluida como partida computable con la asignación básica la denominada **prima de actividad**, pues solamente consagró como partidas las siguientes: prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad y subsidio familiar.

Ahora bien, el artículo 4° del **Decreto 1794 de 2000** establece una diferencia salarial, así: **a)** los soldados profesionales que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la norma, el 31 de diciembre de 2000, devengarán 1 SMLMV, incrementado en un 40% del mismo salario y **b)** para los soldados voluntarios incorporados como soldados profesionales, tienen derecho a que su asignación sea equivalente a un SMLMV incrementado en un 60%, en atención al régimen de transición dispuesto en el inciso segundo citado.

Tal posición se plasmó en **sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016**, Exp. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-15) con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(...) De manera que con la interpretación del artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, que se prohíja en esta sentencia de unificación, no se está generando una nueva norma a través de la combinación de varios contenidos normativos enfrentados, ni tampoco se está escogiendo como aplicable fragmentos legales de diferentes normatividades, pues, la regulación salarial de los soldados profesionales se encuentra contenida en un único estatuto, que es el mencionado Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a

un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%

Definido lo anterior, se precisa también la situación salarial de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez luego de la creación de dicho régimen con el Decreto Ley 1793 de 2000, a quienes el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les determinó que devengarían un salario mensual equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico; es necesario precisar a continuación los efectos prestaciones del reajuste salarial del 20% reclamado (...). (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo expuesto, a los soldados voluntarios que a 31 de diciembre del año 2000 se encontraban vinculados en calidad de tal, de conformidad con la Ley 131 de 1985, ha de reconocérseles una asignación básica equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

3.4.4 Análisis del caso en concreto.

Hechos probados en el expediente:

- El actor ingresó a las filas del Ejército Nacional en calidad de soldado profesional el 10 de diciembre de 1999.⁷
- A través de escritura pública núm, 1412 del 30 de julio de 2014 celebrada ante la Notaría Primera del Círculo de Neiva, el demandante y la señora Diana Jimena Córdoba Herrera, declararon la existencia de una unión marital derecho desde el 21 de julio de 2005.
- Mediante registro civil con indicativo serial núm.: 42628591 del 25 de agosto del 2008, fue X el nacimiento de la menor Deni Andrea Cháux Córdoba el día, donde figuran como padres el demandante y la señora Diana Jimena Córdoba Herrera⁸.
- Por medio de la orden administrativa de personal EJC. 2374 del 30 de noviembre de 2014, se reconoció al actor el emolumento denominado subsidio familiar de conformidad con el Decreto 1161 de 2014.
- De acuerdo con certificación expedida por el Oficial Sección Atención al Usuario DIPER, al señor Giraldo Hernández Cano le figura la siguiente información⁹:

NOVEDAD	DISPOSICIÓN	FECHAS		TOTAL
		DE	HASTA	AA-MM-
DD				

⁷ ítem 01 del expediente electrónico.

⁸ ítem 17 del expediente digitalizado.

⁹ ítem 16, del expediente digitalizado

SERVICIO MILITAR DIPER	EJC	DIRTRA	159	10-12-1999	06-07-2000	18-09-2001	01-02-12
SOLDADO PROFESIONAL DIPER	EJC	OAP-EJC	1130	07-09-2001	19-09-2001	28-08-2019	17-11-09
Total tiempos en EJÉRCITO NACIONAL							19-01-21

- Conforme con la nómina de personal del mes de julio del 2021, el demandante devengó los siguientes emolumentos: “*sueldo básico, subsidio familiar, SEGVIDSUBS; DEVO_PART_ALIM, BONORDPUPF y PRSOLVOL*”¹⁰.

Así las cosas, la Sala se pronunciará frente a los problemas jurídicos planteados, así:

3.4.4.2 Subsidio familiar:

No desconoce esta Instancia Judicial los efectos *ex tunc* de la sentencia de 8 de junio de 2017, sin embargo los alcances de dicho pronunciamiento se ocuparon de proteger a aquel personal uniformado que en virtud de la derogatoria que trajo consigo el Decreto 3770 de 2009, no reclamó el reconocimiento del subsidio familiar en el lapso comprendido entre el 30 de septiembre de 2009 al 30 de junio de 2014, como quiera que se itera, tal partida no se encontraba prevista en la normatividad vigente para tal periodo, situación está que varió con la sentencia de 2017 que cobró ejecutoria en el año 2018.

Sin embargo, es necesario diferenciar en este punto del análisis, la más que entendible imposibilidad predicable de los soldados profesionales de solicitar el reconocimiento del subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 de 2000 para los años 2009 a 2014, de la ausencia de acreditación del requisito *sine qua non* para ser merecedor de dicha partida, que no es otro que la demostración del matrimonio o de la unión marital de hecho.

En otras palabras, si bien es cierto el actor no podía solicitar el reconocimiento del subsidio familiar de que trata el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 ante la derogatoria de ese emolumento que trajo consigo el Decreto 3770 de 2009, no lo estaba para declarar la existencia de su unión marital de hecho, situación que sólo se configuró a través de escritura pública núm, 1412 del 30 de julio de 2014, fecha para la cual ya se encontraba en vigencia el Decreto 1794 del 2000. Es decir, en el presente caso no nos encontramos en el ámbito de protección que el H. Consejo de Estado brindó por vía de tutela al precisar la forma en que los soldados profesionales pueden acceder al subsidio familiar del Decreto 1794 de 2000, por cuanto la no concesión de la prestación en esos términos no se debió a la imposibilidad de requerirla en el término de vigencia del Decreto 3770 de 2009, sino a que la nueva condición familiar del demandante apenas se modificó y se informó a la demandada ya en vigencia del Decreto 1161.

3.4.4.3 De la prima de actividad y los cargos de vulneración al derecho a la igualdad.

Al respecto, es necesario precisar que, el Estado debe garantizar este derecho, frente a todas las personas, quienes deben recibir la misma protección y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.

¹⁰ Ítem 16, del expediente digitalizado

No obstante, debe decirse que en materia laboral la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado han sido claros al indicar que puede otorgarse un tratamiento diferente a sujetos que se encuentran en un mismo régimen, siempre y cuando exista una justificación objetiva, suficiente y clara. En este sentido la H. Corte Constitucional señaló que: “(...) *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 razonables. El trato desigual que está fundamentado en criterios constitucionalmente válidos es conforme a la Carta y por ende está permitido (...)*”¹¹

Por su parte, el H. Consejo de Estado, en sentencia del veinticinco (25) de noviembre de dos mil cuatro (2004), señaló que el derecho a la igualdad en materia salarial “(...) *no impide que la ley establezca tratos diferentes, sino que exige que éstos tengan fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad. Los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial (...)*”¹²

De lo expuesto, la Sala concluye que la jurisprudencia ha sido consecuente en afirmar que le está permitido al legislador al momento de ejercer su potestad reglamentaria, efectuar un trato diferente en tratándose de asuntos de carácter laboral, siempre y cuando se fundamente en criterios objetivos y razonables.

Tales criterios y objetivos, fueron definidos por la H. Corte Constitucional cuando estableció el denominado *test de igualdad*, mecanismo con el cual pretendió consolidar una forma de estudiar el derecho a la igualdad, en razón a que no todas las diferencias pueden significar desconocimiento de tal derecho, y para el efecto señaló: “(...) *se debe definir y aplicar tres etapas: i) debe establecer cuál es el criterio de comparación (“patrón de igualdad” o “tertium comparationis”), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual*”¹³.

En el caso que nos ocupa, no nos encontramos frente a un patrón de igualdad, pues no estamos frente a sujetos de la misma naturaleza, pues recuérdese que la Fuerza Pública tiene un sistema jerarquizado, y en este sentido los criterios de diferenciación obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido en la norma legal, los cuales se encuentran en las reglas que se aplican para el ingreso y ascenso a los distintos grados de la institución es decir que “*Los requisitos de ingreso al servicio de las Fuerzas Militares no son los mismos para un Suboficial que para un Soldado.*”

¹¹ Sentencia T-369 de 2016

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. ALBERTO ARANGO MANTILLA, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2003-0122-01 y número interno 0642-03.

¹³ Ver Corte Constitucional. Sentencia C- 862 de 2008

Lo anterior demuestra que el criterio de diferenciación entre los miembros de la Fuerza Pública no resulta arbitrario ni caprichoso, pues en tratándose de grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial o suboficial, se justifica la distinción salarial.

Y es esa, por ejemplo, fue la consideración que tuvo en cuenta la H. Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, cuando analizó la naturaleza de los grados de oficiales adscritos a la Fuerza Pública, y la diferencia funcional que les compete, respecto de los demás rangos que integran la Fuerza Pública. Allí concluyó:

*“(...) Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. **Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes (...)**” (Negrilla y subraya fuera del texto).*

De la misma forma, el H. Consejo de Estado, en providencia de fecha veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, al resolver una acción de simple nulidad contra el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007¹⁴ señaló:

“(...) la Sala precisa que la regulación del régimen prestacional de la Fuerza Pública se realiza de manera concurrente entre el legislador quien fija las pautas generales, a través de leyes cuadro y el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios lo desarrolla. En efecto la Ley 4 de 1992 señaló en el artículo 2 los lineamientos que debe acatar el Gobierno:

“i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;

j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;”

De la lectura de estos literales se observa que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe obedecer al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades, por lo que es claro que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones.

*En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la fuerza pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la fuerza pública deben tener la misma remuneración por su trabajo. **Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53***

¹⁴ H. Consejo de Estado, Sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicación No. 11001-03-25-000-2009-00029-00(0656-09), Consejero Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

de la Constitución, según el cual “la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”; así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones.

Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad.

Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al incrementar la prima de actividad debe seguir el mandato constitucional por el cual se señala que al mismo trabajo corresponde el mismo salario; e igualmente debe sujetarse a la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos, y la naturaleza de los cargos y las funciones, como lo señala la Ley 4 de 1992 (...)” (Negrilla fuera del texto).

En estas condiciones, ningún reproche merece el hecho de que el Gobierno Nacional opte por fijar un régimen salarial y prestacional distinto para los Soldados Profesionales frente a los Oficiales y Suboficiales, que si bien, tienen en común el hecho de pertenecer a las Fuerzas Militares, lo cierto es que no se encuentran en la misma situación de igualdad, pues pertenecen a diferentes grados y sus responsabilidades son completamente distintas, luego no pueden ser tratados como sujetos con la misma naturaleza.

En tales condiciones, no es procedente el reconocimiento y pago de la prima de actividad frente a los Soldados Profesionales al no ser su situación equiparable a la de los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional.

3.6.3. Incremento salarial del 20%.

Al respecto, la Sala se advierte que, el actor ingresó a las Fuerzas Militares para prestar su servicio militar el 6 de julio del 2000 y a partir del 19 de febrero del 2002, se incorporó como soldado profesional, sin ser soldado voluntario.

Entonces, es dable concluir que el demandante quedó cobijado por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en virtud de los cuales, los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares devengarían un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del salario. Por lo anterior, no le asiste el derecho de incrementar el salario que percibió en actividad en un 20%.

De otra parte, frente a los reparos efectuados por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia, la Sala dirá que, en la adición y aclaración a la misma, el A-quo explicó con suficiencia las razones por las cuales el señor Giraldo Hernández Cano no tiene derecho al incremento del 20% de su asignación básica, así como tampoco, al reconocimiento y pago de la prima de actividad. Lo anterior, lo fundamentó en que existe norma que regula la materia.

En cuanto al postulado de *trabajo igual salario igual* presuntamente infringido por la entidad y desconocido en la sentencia de primera instancia, considera la Sala que, conforme con los argumentos antes referidos no existe fundamento jurídico para reconocer el incremento del 20% frente a quienes se incorporaron como soldados profesionales, pues, su situación

dista de aquellos que fueron incorporados como soldados voluntarios y que se vieron desmejorados en su salario al pasar a soldados profesionales. Esa es la razón que justifica que su salario se tase con el 60% del SMMLV, tal como lo advirtió el juez de primera instancia se trata de un derecho adquirido que no puede ser desconocido, situación distinta a lo que acontece con el otro grupo de soldados profesionales.

Por lo antes expuesto, no se vislumbra la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad o de convencionalidad, debido a que, no se encontró causal de nulidad del acto ficto demandado y no se encuentra causal alguna de inaplicación de las normas que regulan la materia, más aún, por cuanto existe sentencia de unificación que regula el tema de forma específica y que fue uno de los fundamentos de la sentencia objeto de la alzada.

3.6.4 Conclusión

Esta Sala de Decisión dado el alcance de los recursos de apelación, y en virtud del análisis ya efectuado, revocará los numerales primero a sexto de la sentencia proferida el veintitrés (23) de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por medio de los cuales se ordenó del pago del subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 del 2000. En lo demás se confirma la decisión adoptada por el *a-quo*.

3.6.5 Costas Segunda Instancia

Para finalizar, y de acuerdo con el contenido del artículo 188 del C.P.A.C.A., y el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia en razón a que no se encuentran probadas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVÓCASE los numerales primero a sexto de la sentencia proferida el veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado treinta (30) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **Jose Daniel Cháux Suárez** contra el **Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar **NIÉGASE** la pretensión de reconocimiento del subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 de 2000.

SEGUNDO.- CONFÍRMASE en lo demás.

TERCERO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

CUARTO.- En firme esta sentencia, por la Secretaría de la Subsección envíese el proceso al juzgado de origen, previa las anotaciones que corresponda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha

**FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado**

**FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada**

**FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada**

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Sección Segunda, Subsección "F" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.