



GOBIERNO
DE COLOMBIA



MINDEFENSA



28 ENE. 2020

66

Doctora
LAURA CRISTINA TABARES GIL
H. JUEZ PRIMERA ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Buga- Valle del Cauca.-

REFERENCIA: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES
PROCESO: 76 111 3333 0012019 00210 00
ACTOR: MIGUEL ANTONIO GOMEZ MOSQUERA
DEMANDADO: LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-
EJERCITO NACIONAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

JULIANA ANDREA GUERRERO BURGOS identificada como aparecerá al pie de mi firma, y portadora de la Tarjeta Profesional No. 146590 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderada de la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL**, por medio del presente escrito y estando en término para ello, muy respetuosamente me permito contestar la demanda de la referencia, así:

FRENTE A LOS HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA DEMANDA

Me opongo a la totalidad de las pretensiones incoadas con la demanda, toda vez que el acto del cual se pretende la nulidad, es un acto que además de gozar de la presunción de legalidad, es expedido por solicitud propia del interesado, señor **MIGUEL ANTONIO GOMEZ MOSQUERA**, quien solicita el reajuste del subsidio familiar reconocido en un 25% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

En consecuencia, los actos administrativos contenidos en los oficios Nos 20193110111041 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 23 de Enero de 2019 y el 20193170198371 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 5 de Febrero de 2019, son válidos y no hay lugar a solicitar su nulidad, máxime cuando el demandante no logra establecer dentro del presente procedimiento las razones de hecho y de derecho que hacen a la entidad sujeto pasivo de la acción mediante la que pretende el reconocimiento y pago de la prima de actividad y la reliquidación del subsidio familiar en un 25%

SOBRE LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que el acto administrativo contenido en los oficios Nos 20193110111041 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 23 de Enero de 2019 y el 20193170198371 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 5 de Febrero de 2019, suscrito por el Oficial Sección Nómina no adolece de nulidad alguna, toda vez que **NO** hay discriminación salarial por violación al derecho a la igualdad, veamos:

La Ley 131 de 1985 *“por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”* y el Decreto 1794 de 2000 *“por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”* **nunca** contemplaron el reconocimiento y pago de la prima de actividad equivalente al 49.5% del salario básico mensual de los soldados profesionales; sin que por este hecho se pueda predicar violación al principio de igualdad.

Es de advertir que el régimen prestacional y salarial para el cuerpo de soldados profesionales y el de oficiales y suboficiales son diferentes; si bien están en la misma organización, poseen normativas prestacionales específicas que los distinguen, por lo



tanto, es factible deducir, que cada uno de aquéllos se encuentran en situaciones fácticas diferentes, precisamente, gracias al rango, jerarquía y funciones que desempeñan.

Me opongo a la pretensión de la reliquidación del subsidio familiar, toda vez que la normatividad que enuncia el apoderado de la parte actora, no es aplicable en el presente caso, y por lo tanto al señor MILTON FABIAN MILLAN MORENO no le asiste el derecho al reconocimiento de subsidio familiar con el Decreto 1794 de 2000

La normatividad que enuncia el apoderado de la parte actora en el escrito de la demanda, no es aplicable para el presente caso, pues el tema de reconocimiento de subsidio familiar para quienes adquirieron la calidad de cónyuges o compañeros permanentes, se encuentra regulado en el Decreto 1161 de 2014.

Nos permitimos oponernos a las pretensiones de la demanda en consideración a que se configuran las siguientes excepciones:

- a. Inexistencia de ilegalidad o nulidad de los actos administrativos demandados
- b. El acto administrativo demandado fue expedido por funcionario competente.
- c. Presunción de legalidad del acto acusado.

PROBLEMA JURÍDICO.

Será tarea de la judicatura decidir sobre la legalidad del acto administrativo contenido en los oficios Nos 20193110111041 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 23 de Enero de 2019 y el 20193170198371 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 5 de Febrero de 2019, que negó de plano el reconocimiento de la prima de actividad del 49.5% a la parte actora y, para ello deberá definir la agencia judicial, si el señor MILTON FABIAN MILLAN MORENO, en su calidad de **soldado profesional**, tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, reconozca, pague e incluya la prima de actividad equivalente al 49.5% como factor salarial, de igual manera tampoco tiene derecho a que se le reliquide el subsidio familiar en un 25%

EXCEPCIONES.

Para resolver el problema jurídico que se plantea, solicito a la agencia judicial tener en cuenta las siguientes excepciones:

Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada.

Afirma el accionante que se encuentra en una grave desigualdad, pues según él, se le está vulnerando el derecho a percibir la prima de actividad, que sí le es reconocida a otros miembros de la fuerza pública; no obstante lo anterior, es preciso señalar que mediante el Decreto 1794 de 2000 por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el artículo 1º señala una asignación salarial mensual, así como también el reconocimiento y pago de primas de antigüedad, de servicio anual, de vacaciones, y navidad, así como otros beneficios prestacionales tales como subsidio familiar, pasajes por traslado entre otros.



Sin embargo, este régimen prestacional no contempla para los soldados profesionales en servicio activo ni mucho menos para los retirados la pretendida prima de actividad, y por lo tanto, por disposición legal no constituye factor computable para determinar el monto asignación de retiro, como si se dispuso para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

En virtud de lo expuesto es claro que el régimen salarial y prestacional del Decreto 1211 de 1990, es aplicable exclusivamente al cuerpo de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y dentro de él, no están incluidos los soldados profesionales, cuyo régimen de carrera y estatuto profesional, está señalado en el Decreto 1793 de 2000.

El respecto la Corte constitucional, señaló:

"Precisamente, esa diferenciación se debe a que los oficiales y suboficiales, como lo señala la norma que regula su carrera, ejercen funciones administrativas, de operación y logística, lo que los reviste, según el grado o rango, de autoridad y mando dentro de las institución, de tal suerte que para la debida ejecución de ese mando, se requiere de una formación adecuada, la cual es adquirida, previamente, al interior de las Fuerzas Armadas. Contrario sensu, en el caso de los soldados profesionales, éstos a la luz del artículo 1° del Decreto 1793 de 2000, se definen como "varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas", es decir, las tareas que éstos efectúan, se erigen en el cumplimiento de las directrices de las oficiales y suboficiales, en el sentido que deben ejecutar operaciones militares, asignadas por los oficiales y suboficiales, puesto que son ellos los que tienen asignadas tareas de operatividad y logística, luego entonces, se tiene que los soldados profesionales, deben cumplir funciones en un grado de subordinación."

Por lo expuesto, se considera que según el marco normativo legal y la jurisprudencia referida sobre el principio de igualdad, se concluye que los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, forman un conjunto organizacional tendiente a satisfacer la seguridad del Estado, que procura satisfacer la seguridad y convivencia de las personas dentro de la colectividad, esa misma organización implica que existan escalas jerárquicas, que implican que entre más se va ascendiendo se va obteniendo mayor grado de responsabilidad y ese poder de mando o conducción implica que el Estado trate de beneficiarlo con una prestación adicional que no tiene los soldados profesionales, por lo tanto al no observarse la violación al derecho de igualdad de los soldados profesionales, en relación con la prima de actividad que devengan en los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, no es procedente los argumentos de la demanda en el sentido que exista en tratamiento diferente en materia prestacional dentro de las Fuerzas Militares, puesto que se debe a razones objetivas, como lo es, la existencia de rangos y de funciones.

De conformidad con los argumentos señalados anteriormente se prueba fehacientemente que el demandante no tiene derecho a al reconocimiento y pago de la Prima de Actividad, por no cumplir con los requisitos legales para tal efecto y sin que ello implique vulneración a derechos adquiridos o al principio de igualdad.

Cobro de lo no debido.



Teniendo en cuenta que el Decreto 1794 de 2000 "por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares" no reconoció la prima de actividad para el personal de soldado profesionales, la parte demandante no tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad equivalente al 49.5% y mi presentada tampoco tiene la obligación legal de otorgarla por lo tanto se está haciendo cobro de lo no debido.

La innominada.

Para que la judicatura de por probadas aquellas que dentro de su real saber y entender encuentre en el presente proceso.

Solicito el reconocimiento oficioso, en la sentencia, de los hechos que resulten probados y que contribuyan una excepción de fondo.

Las demás que considere el despacho.

RAZONES DE LA DEFENSA

Legalidad normativa del acto impugnado.

El acto administrativo atacado, goza de presunción de legalidad hasta tanto no se demuestre que se encuentre viciado de alguna de las causales de nulidad, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011. De igual forma se encuentra establecido que a la fecha de expedición del acto se actuó conforme a las normas aplicables al señor MILTON FABIAN MILLAN MORENO, esto es, de conformidad con el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 "por el cual se establece el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", el cual no contempló la prestación reclamada por el accionante, resultando improcedente cancelarle dicha prestación a los soldados profesionales, ya que la calidad del sujeto pasivo de la prima de actividad no es el sujeto del soldado profesional, lo es el del suboficial y oficial, por tanto en este sentido carece el demandante el derecho a recibir tal prestación.

Antecedentes de la prima de actividad.

Con la expedición de la 131 de 1961, se reconoció por primera vez la prima de actividad, como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, particular y concretamente para los oficiales, suboficiales y personal civil vinculados a dichas Fuerzas; posteriormente, fue concebida como factor de liquidación de las asignaciones de retiro, según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

Esta "Prima de Actividad" se contempló como una partida que el titular devenga durante el tiempo que permanezca en actividad cuyo porcentaje ha variado con el transcurso del tiempo.

Así el Decreto 089 de 1984, expedido por el Gobierno Nacional, en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador a través de la Ley 19 de 1983, estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo, equivalente al 33% del sueldo básico, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 80. 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"

Luego se expidió el Decreto 095 de 11 de enero de 1989, que reformó el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, estableciendo en su artículo 82, la prima de actividad, en similares términos que la estatuida en el Decreto 089 de 1984, sumado a ello, los artículos 153 y 154 de esa norma reformativa, estipuló la prima de actividad, como factor de liquidación de las prestaciones sociales y el cómputo de ésta, en las asignaciones de retiro.

"ARTÍCULO 153. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. <Decreto derogado por el artículo 270 del Decreto 1211 de 1990> Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este Estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así: a) Cesantía y demás prestaciones unitarias, sobre: (...) - Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto. (...) b) Asignaciones de retiro y pensiones, sobre: (...) -Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

(...)

ARTÍCULO 154. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. <Decreto derogado por el artículo 270 del Decreto 1211 de 1990> A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma: **i)** Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%). **ii)** Para individuos con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%). **iii)** Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%). **iv)** Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%). **v)** Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."

Posteriormente a la expedición de las anteriores normas, se ha venido reformando el estatuto de los miembros de las fuerzas militares, tal es el caso del Decreto 1790 de 2000 y el 1211 de 2000, dejando en todo caso incólume, lo concerniente a los parámetros y porcentajes, para la percepción de la prima de actividad, y lo propio hizo el Decreto 1214 de 1990, que reformó el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

Y la última reglamentación al respecto es el Decreto 1515 de 2007 donde en su artículo 32 se estableció:

"ARTICULO 32. 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.

Para el computo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del decreto 1211 de 1990 y 141 del decreto - ley 12112 de 1990, se ajustara el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)"



El Decreto 1794 del 2000 el Presidente de la República, por medio del cual Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, no se contempló dicha prima para los soldados profesionales.

De las normas aquí señaladas se infiere de forma clara que los soldados profesionales **no tienen dentro de sus prestaciones sociales reconocimiento a la prima de actividad.** Es decir, la prima de actividad está concebida para los miembros de las Fuerzas Militares y personal civil adscrito al Ministerio de Defensa y Policía Nacional, esta fue destinada, única y exclusivamente, para los oficiales y suboficiales de dichas Fuerzas, por tal motivo, por virtud de la ley, **los soldados profesionales, están excluidos de percibir la mentada prestación.**

No hay vulneración al principio de igualdad señalado en la demanda, como vicio del acto demandado

Ahora bien, señala el actor que se le están violentando el derecho a la igualdad en el sentido que dicha prima se le debe aplicar al soldado profesional como al oficial y suboficial, empero no posible aplicar el principio de igualdad alegado por el actor toda vez que los sujetos pasivos de la ley no se encuentra en estado de igualdad, ya que la misma normatividad especial regulada para el personal militar determinada funciones específicas y diferentes para el militar oficial y suboficial y para el soldado profesional, ya que mientras el grado de responsabilidad de los agentes de mando es superior ya que dicha calidad debe estar acreditada por una experiencia e idoneidad en especialidad propias que no ostenta el soldado profesional, lo que indica que solamente es aplicable la norma para los suboficiales y oficiales ya que así lo estableció el estatuto del personal de oficiales y suboficiales, toda vez que la calidad y el grado de responsabilidad que se exigen para ser derecho a dicha prestación, son diferentes.

El artículo 13 de la Constitución política establece el derecho fundamental a la igualdad, que se traduce en la obligación de tratar a los individuos de tal manera que las cargas y las ventajas sociales se distribuyen equitativamente entre ellos, así se establece que, *"todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica"*.

Sobre este derecho la Honorable Corte Constitucional ha manifestado que hay violación a este precepto cuando hay discriminación entre iguales así en la sentencia de tutela T-230 de 1994 dijo la Corte Constitucional señala:

"la igualdad es un principio relacional en el que intervienen por lo menos dos elementos: las situaciones de hecho que se comparan y el criterio de comparación o patrón de igualdad...". Estos aspectos no fueron precisados en el libelo y por lo tanto la Sala no cuenta con los elementos para decidir si el artículo 28 del Decreto 025 de 1993 consagró un régimen discriminatorio para el personal en retiro con respecto al de los funcionarios en servicio activo; el contenido del artículo 28 por sí solo no reporta certeza en relación con la situación de los militares en retiro."

Ahora bien, con relación al estado de igualdad funcional señalado por el actor, entre los soldados profesionales y el personal de suboficiales y oficiales de las fuerzas militares, tenemos que el Decreto 1211 de 1990, excluyó a los soldados profesionales del reconocimiento de la prima de actividad, y esta disposición, que responde a políticas de Gobierno de ese entonces, no implica una discriminación en su contra porque el gobierno goza de autonomía para definir quiénes pueden ser beneficiarios de una prestación atendiendo a factores discrecionales de necesidad, conveniencia y funciones



específicas, en este sentido la corte constitucional en Sentencia C-279 de junio 24 de 1996, se pronunció sobre la violación al derecho de la igualdad en el trabajo, por haberse creado a favor de ciertos funcionarios del Estado una prima técnica y especial, que no constituye factor salarial. Dijo al respecto la Corte Constitucional:

"...Basta en síntesis, recordar que el derecho a la igualdad se predica entre iguales; la Corte Constitucional afirma que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la República. Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas por estos funcionarios; y las mismas razones por las cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que no se produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos..."

Más adelante agrega la sentencia de la Corte Constitucional:

"...Tampoco existe una disposición constitucional de la cual puede inferirse que entre los miembros del Congreso y otras altas autoridades deba existir idéntico régimen salarial. No siendo iguales las calidades para acceder a los cargos, ni sus funciones no es extraño que su remuneración sea diferente..."

Igualmente la Corte Constitucional en Sentencia C-279 de 1996, sostuvo que bien puede el legislador señalar que determinados factores salariales no formen parte del salario ni sean computables para efectos de liquidar otros derechos prestacionales y que ello "no lesiona los derechos de los trabajadores, ni implica una omisión, o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo; ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional".

El máximo organismo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sobre el derecho a la igualdad, señaló: "por lo demás, es preciso traer a colación apartes de la sentencia C-952 de 2000, en la que la Corte Constitucional hace un análisis del concepto de igualdad y de la necesidad"¹.

En el mismo sentido, manifestó:

Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional -que se desarrolla en distintos niveles de análisis- que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto..."

¹ Corte Constitucional. Sección primera, 25000-23-24-000-2000-00637-01(7900) del 31 de julio de 2003 Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



La aplicación efectiva de la igualdad corresponde, entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las exigencias propias de las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción, o que, aún en casos en los que hay individuos enfrentados en una misma situación, existan motivos que justifican un trato particularizado (...)."

En síntesis, la prima de actividad fue creada solo para el personal de oficiales y suboficiales, atendiendo a criterios propios del ejercicio de las funciones que ejercen, ya que si bien tanto soldados e infantes profesionales, como oficiales y suboficiales pertenecen a las Fuerzas Militares, y manejan todo lo que tiene que ver con la función de seguridad, no es menos cierto que unos y otros además de salvaguardar la seguridad de la población civil y de tener a su cargo la defensa del territorio nacional, tienen a su cargo personal y realizan funciones de dirección como es el caso de los oficiales y suboficiales, además de las jerarquías que para este personal aplica. Es decir, toda organización conlleva no solamente a la prestación de una función específica general de esa entidad, sino que adicionalmente para una mejor prestación de los servicios y funcionalidad hay que establecer entidades de mando y de jerarquías.

Antecedentes jurisprudenciales y doctrinales acerca del principio de igualdad.

Ha sido reiterada la consideración de la Corte Constitucional en sus diferentes sentencias tanto en materia de tutelas como de constitucionalidad que el juez Constitucional debe examinar las razones por las cuáles el legislador hace una diferenciación entre los distintos sujetos a las cuáles se les aplican las normas cuestionadas.

En este sentido no se viola el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política porque hay motivos suficientes para regular las **prestaciones sociales contenidas en las normas** especiales en el presente caso dando un tratamiento diferente de acuerdo a la calidad y requisitos exigidos para cada una de ellas.

Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional en sentencia C- 654/97 del 3 de diciembre de 1997, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell dijo:

"La Corte reiteradamente ha señalado que en materia laboral es posible que puedan existir regímenes jurídicos diferentes que regulen diversos aspectos de la relación de trabajo entre los trabajadores y los patronos o empleadores, sean estos oficiales o privados, sin que por ello, en principio, pueda considerarse que por esa sola circunstancia se viole el principio de igualdad.

En la realización del juicio de igualdad es necesario establecer, cuales son las circunstancias o supuestos que deben ser objeto de comparación, desde el punto de vista objetivo o material y funcional, atendiendo todos los aspectos que sean relevantes en las respectivas relaciones o circunstancias, con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y que es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado. Realizado esto, es preciso determinar si el tratamiento que se dispensa en una situación concreta obedece o no a criterios que sean objetivos, razonables, proporcionados y que estén acordes con una finalidad constitucional legítima".



6x

“El principio de igualdad en materia laboral esta alimentado no sólo por la preceptiva general del derecho a la igualdad a que alude el artículo 13 de la Constitución, sino por otros principios y valores constitucionales que relevan el trabajo humano como la equidad o simetría, dignidad y justicia en las relaciones laborales, la igualdad de oportunidades para todos los trabajadores, la paridad entre el valor del trabajo y el valor de la remuneración que debe recibirse por éste, o principio de trabajo igual salario igual, y la primacía de la realidad sobre la forma o materialidad de la relación de trabajo.

Acorde con dicha concepción, la Corte no ha admitido la diferencia de trato en materia laboral, y ha considerado que en tal caso hay discriminación, cuando dicha diferencia está basada en la distinta naturaleza de los patronos o empleadores privados u oficiales o en la promulgación de un diferente estatuto jurídico, que se considera no justificado, irrazonable y desproporcionado”

Descendiendo al caso concreto, se puede concluir de manera irrefutable que en Colombia las Fuerzas Militares (Ejército, armada y fuerza aérea) tienen un régimen salarial y prestacional especial, dentro de esa misma especialidad existen diferencias, como lo expresamos anteriormente dependiendo de las funciones y del mando y jerarquía existente; es por esta razón que los soldados profesionales tienen un régimen salarial y prestacional diferente al de los oficiales y suboficiales, y para los soldados profesionales no contempló el reconocimiento y pago de la prima de actividad, concebida para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en virtud del Decreto 1211 de 1990, que reguló dicho régimen y que en su artículo 84 establece que los oficiales y suboficiales de las Fuerza Militares en servicio activo tendrán derecho a dicha prestación, lo propio hizo el Decreto 1214 de 1990 en su artículo 38 con el personal civil que labora en las Fuerzas Militares y no por la existencia de regímenes diferentes, el personal de soldados profesionales no quedó desprotegido, pues con el régimen salarial y prestacional se les reconoció una serie de prerrogativas que se encuentran enmarcadas dentro de su propio régimen

PETICIÓN ESPECIAL

Teniendo en cuenta el análisis de los hechos y lo anteriormente expuesto, el acto administrativo demandado y por medio del cual se negó de plano el reconocimiento de la prima de actividad equivalente al 49.5% a la parte actora, es válido y no hay lugar a solicitar su nulidad; máxime cuando el Decreto 1794 de 2000 por el cual se expide el régimen de carrera y estatuto de personal de soldados profesionales de las fuerzas militares **no contemplo prima de actividad** alguna a los soldados profesionales por lo que no es posible desde ningún punto de vista reconocer dicha prestación ya que como **se mencionó esta no hace parte ni existe dentro del régimen prestacional de los soldados profesionales**

De tal suerte que habiendo aplicado el Ministerio de Defensa, la normatividad vigente, decidió de manera correcta cuando negó el reconocimiento de la prima de actividad al demandante, pues de otra forma habría excedido sus facultades haciendo reconocimientos que la norma no prevé.

SOBRE LA RECLAMACION DEL SUBSIDIO FAMILIAR

Por otra parte, con relación al **SUBSIDIO FAMILIAR** es pertinente señalar que al mencionado Soldado Profesional, se le reconoció subsidio familiar por el matrimonio contraído con la señora LUZ MARY MARQUEZ VALLE, y por los menores DILAN

9



GOMEZ MARQUEZ y LOREN XIMENA GOMEZ MARQUEZ, con fundamento en la normatividad vigente para la fecha del mencionado reconocimiento, es decir con fundamento en el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014.

Sin embargo, pretende la parte demandante que se le efectuó el reconocimiento y pago del subsidio familiar de conformidad con lo establecido en el decreto 1794 de 2000 artículo 11, trayendo a colación la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado, que declara con efectos Ex tunc la nulidad total del decreto 3770 de 2009.

"(...) por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones."

Ahora bien, en el caso particular del señor MIGUEL ANTONIO GOMEZ MOSQUERA existe una situación jurídica consolidada, al haberse reconocido, esta acreencia; Entendiéndose por situaciones jurídicas consolidadas aquellas que se encuentran definidas, es decir en firme, al momento de entrar en vigencia una disposición normativa, por lo tanto las mismas no son objeto de controversia, pues para el caso que nos ocupa la decisión anulatoria contenida en la Sentencia del Consejo de Estado, no procede su aplicación en los casos de situaciones jurídicas no consolidadas.

Ha sido reiterada la doctrina y la jurisprudencia en señalar que las situaciones jurídicas no consolidadas pueden ser afectadas, sí estas se encuentran en debate, en sede administrativa o judicial al momento de la expedición o entrada en vigencia de la normatividad (sentencia anulatoria), siendo el Honorable Consejo de Estado en solicitud de aclaración y adición de la mencionada sentencia que señaló:

"(...) 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 a situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014, que permanece en vigor hasta nuestros días, por cuanto no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas"

De conformidad con lo expuesto, y teniendo en cuenta que para el caso objeto de la Litis, la situación jurídica está consolidada, por ende los actos administrativos ya señalados se encuentran debidamente ejecutoriados y en firme.

PRUEBAS

En cumplimiento del auto admisorio me permito allegar copia de los oficios que se libraron con el fin de obtener los antecedentes administrativos del actor:

1. Me permito aportar Oficio No. OFI19 281 MDALGCC del 5 de Diciembre de 2019, Dirigido al Director de Personal del Ejército Nacional, con el fin de obtener el expediente prestacional del señor MIGUEL ANTONIO GOMEZ MOSQUERA.
2. Me permito aportar Oficio No. OFI19 282 MDALGCC del 5 de Diciembre de 2019, Dirigido al Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, con el fin de obtener el expediente prestacional del señor MIGUEL ANTONIO GOMEZ MOSQUERA.



GOBIERNO
DE COLOMBIA



MINDEFENSA

NOTIFICACIONES

Las recibiré en el email notificaciones.cali@mindefensa.gov.co o en la Secretaria del H. Juzgado; o en el Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección de Defensa Jurídica de la Tercera Brigada – ubicada en el Cantón Militar Pichincha Calle 5 No. 83-00 de la ciudad de Cali.

De la Señora Juez con todo respeto,

Juliana A. Guerrero B.

JULIANA ANDREA GUERRERO BURGOS

CC No. 31.576.998 de Cali

TP No. 146.590 del Consejo Superior de la Judicatura

66

11



GOBIERNO
DE COLOMBIA



MINDEFENSA

Nº OFI19 282 MDDALGCC

Santiago de Cali, 5 de Diciembre de 2019

Señor Coronel
DIRECTOR PRESTACIONES SOCIALES –EJERCITO NACIONAL
Bogotá D.C.-

REFERENCIA : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : MIGUEL ANTONIO GOMEZ MOSQUERA CC 11937493
DEMANDADO : MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL
DESPACHO : JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DE BUGA
RADICADO : 76 111 33 33 001 2019 00210 00

ASUNTO : Solicitud Información

Cordial saludo,

Respetuosamente, me permito informar al señor Coronel Director de Prestaciones Sociales Ejército Nacional, que el Soldado Profesional MIGUEL ANTONIO GOMEZ MOSQUERA interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Juzgado Primero Administrativo Oral de Buga, con el fin de obtener la nulidad del Oficio No. 20193110111041 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER del 23 de Enero de 2019 por medio del cual se le negó el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar pues este fue reconocido en el 23% del sueldo básico cuando se debió haber reconocido en un 62.5% y del Oficio No. 20193170198371 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 5 de Febrero de 2019, por del cual se le negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad, por lo que se solicita su valiosa colaboración en el sentido de disponer copia del expediente prestacional o antecedentes administrativos, para la defensa del MINISTERIO DE DEFENSA.

Favor al contestar citar los datos señalados en referencia y el número del oficio, así mismo solicitó que se remita cualquier información al correo electrónico notificaciones.cali@mindefensa.gov.co.

Agradezco de antemano el apoyo que se brinde al presente.

Atentamente,

Juliana A. Guerrero B.
JULIANA ANDREA GUERRERO BURGOS
Abogada de Defensa Litigiosa MDN- SEDE CALI

67

12