



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué- Tolima, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **GEOVANY PRADA PRADA**
Demandado: **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-
ARMADA NACIONAL**
Radicación: 73001-33-33-003-2020-00041-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Geovany Prada Prada contra la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (Pág. 3-4 A1. 73001333330032020004100)

- 1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo conformado por el oficio N° 2019042330426511 MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-AJDINOM-1.10 de fecha 11 de septiembre de 2019 y el 2019042330497611 MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-AJDINOM-1.10 con fecha de 24 de octubre de 2019, por los cuales se negó el reconocimiento y reajuste del subsidio de familiar, reconocido en un 26% del salario base de liquidación, además del reconocimiento y pago de la prima de actividad, junto con el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral devengada por el demandante.
- 1.2. A título de restablecimiento del derecho, que se condene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional, a reconocer y pagar a favor del demandante el reajuste del subsidio familiar desde el 14 de octubre de 2010, con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, al igual que el reconocimiento y pago retroactivo de la prima de actividad en la asignación mensual que devenga el demandante, con el correspondiente reajuste de las prestaciones sociales a que tiene derecho.
- 1.3. Que se ordene el pago de las sumas debidamente indexadas y de los intereses moratorios sobre los dineros adeudados.
- 1.4. Que se condene en costas a la demandada.

2. HECHOS RELEVANTES (Pág. 4-6 A1. 73001333330032020004100)

Como sustento fáctico relevante se relaciona:

- 2.1. El señor Geovany Prada Prada ingresó a la Armada Nacional el 18 de febrero de 2002 a prestar su servicio militar.

- 2.2. Posteriormente, el 28 de abril de 2005, su vinculación a la entidad fue como Alumno Infante Profesional.
- 2.3. El 27 de mayo de 2005 se oficializó su vinculación como Infante Profesional.
- 2.4. El señor Prada Prada Geovany contrajo matrimonio con la señora Cindy Adriana Leal Lasso el día 14 octubre de 2010 y de esa unión, procrearon a los niños Laura Daniela y Kevin Santiago Prada Leal, nacidos el 2 de septiembre de 2012 y el 28 de septiembre de 2017
- 2.5. Se le reconoció el subsidio familiar en la cuantía establecida en el Decreto 1161 de 2014.
- 2.6. En sentencia del Consejo de Estado del 8 de junio de 2017, se declaró la nulidad total del Decreto 3770 de 2009 con efectos ex tunc y se revivió en su totalidad el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que establece un subsidio familiar equivalente al 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad.
- 2.7. Mediante derecho de petición radicado el 30 de agosto de 2019, solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y el reajuste del subsidio familiar con base en el artículo 11 del Decreto 1793 de 2000.
- 2.8. En la misma petición del 30 de agosto de 2019, invocando el derecho a la igualdad, solicitó el reconocimiento de la prima de actividad que devengan los oficiales y Suboficiales de las FF.MM y que está prevista en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990.
- 2.9. Mediante oficio N° 2019042330426511 MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-AJDINOM-1.10 de fecha 11 de septiembre de 2019, se le dio respuesta negativa, pero solo frente a la solicitud de la prima de actividad.
- 2.10. El 25 de septiembre de 2019 se radicó oficio ante la entidad demanda para que respondiera la totalidad del derecho de petición anteriormente radicado.
- 2.11. Mediante oficio 2019042330497611 MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-AJDINOM-1.10 con fecha de 24 de octubre de 2019 se negó el reconocimiento y posterior reajuste del subsidio familiar solicitado por el demandante.
- 2.12. El demandante actualmente se encuentra **ACTIVO** al servicio de la Armada Nacional y la última unidad a la que prestó sus servicios fue el Distrito Militar N° 10-Ibagué, ubicado en la ciudad de Ibagué, Tolima.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

La apoderada judicial de la parte demandante considera que la entidad demandada ha trasgredido los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; Código Contencioso Administrativo, artículos 206 al 214; Ley 4 de 1992 artículo 10; Decreto 1211 de 1990; Decreto 1214 de 1990; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000; Decreto 4433 de 2004.

Considera, en síntesis, que el no reconocimiento y pago de la Prima de Actividad que sí está prevista para los oficiales y suboficiales de las FF.MM y para los civiles al servicio del Ministerio de Defensa, vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, por lo que debe reconocerse judicialmente el derecho a devengarla, aún por la vía de excepción de inconstitucionalidad.

Con respecto al subsidio familiar, aduce que el porcentaje en que se le viene pagando al demandante con base en el Decreto 1162 de 2014, es inferior al que por derecho le corresponde y que es el del Decreto 1794 de 2000, que establece un subsidio familiar equivalente al 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad y que le es aplicable en su integridad, ante la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 que lo había derogado.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (A4. 2020-00041 CONTESTACION DEMANDA MIN DEFENSA)

Se opone a las pretensiones de la demanda, indicando que no es posible reconocer la prima de actividad, toda vez que el Decreto 1211 de 1990 es inaplicable al actor, pues establece el pago de la prima de actividad para los Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, mientras que el actor ostenta la calidad de Infante de Marina Profesional y por lo tanto, no se puede predicar una vulneración al principio de igualdad señalado por la parte actora, ya que ante la ley no se reúnen los requisitos que debe ostentar el demandante.

Por otro lado, y con respecto al subsidio familiar, indica que el accionante se encuentra recibiendo dicho subsidio establecido en el Decreto 1161 de 2014, norma vigente y aplicable al demandante, por lo que su situación jurídica ya se encuentra consolidada, siendo así imposible reconocer el derecho en la forma solicitada, es decir con aplicación del Decreto 1794 de 2000.

A partir de lo anterior, propone a título de excepciones, las que denominó Presunción de legalidad del acto acusado, Cobro de lo no debido, Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demanda, Prescripción de los derechos laborales y las que resulten probadas en el desarrollo del proceso.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 11 de febrero de 2020 (Pág. 2 A1. 73001333330032020004100), admitida a través de auto fechado 25 de febrero de 2020, disponiendo lo de ley (Pág. 51 A1. 73001333330032020004100), notificada la parte demandada y vencido el término de traslado de las excepciones (A8. 2020-00041 CONSTANCIA SECRETARIAL VENGE FIJACION EN LISTA-), atendiendo lo dispuesto en los literales a) y c) del numeral 1º del artículo 182 A del C.P.A.C.A., adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, se advirtió la posibilidad de dictar sentencia anticipada, por lo que se les otorgó a las partes la oportunidad para presentar alegatos de conclusión (A9. 2020-00041 AUTO CORRE TRASLADO PARA ALEGAR), derecho del cual hizo uso la parte demandante, la parte demandada y presentó concepto el ministerio público, los cuales serán analizados en este fallo (B5. 2020-00041 CONSTANCIA SECRETARIAL VENGE TERMINO PARA ALEGATOS).

II. CONSIDERACIONES

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 3º y 156 numeral 2º ibidem.

2. PROBLEMA JURÍDICO

A partir de las pretensiones de la demanda, son dos los problemas jurídicos a resolver así:

El primero se centrará en se determinar si el demandante, en su condición de Infante de Marina Profesional, tiene derecho en virtud del derecho a la igualdad, al reconocimiento de la prima de actividad prevista en el Decreto 1211 de 1990.

En segundo lugar, se resolverá si la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, torna procedente el reconocimiento y pago a favor del demandante, de la partida de subsidio familiar prevista en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde la fecha en que contrajo matrimonio en el año 2010 y con efectos en todas las prestaciones y emolumentos que se calculan tomando como base dicho subsidio familiar.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. **Régimen salarial de los soldados profesionales.** (Extractado de la sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, del 16 de marzo de 2017, Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00038-01(0168-14)¹)

1. El artículo 1º de la Ley 131 de 1985 señaló la posibilidad de que quienes hayan prestado su servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados a las Fuerzas Militares y el artículo 4.º indicó que el soldado voluntario devengaría una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, la cual debía verse incrementada en un 60% sobre el referido salario.
2. A través de la Ley 578 de 2000, se facultó al presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional.
3. Con fundamento en las anteriores facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 “*Por el cual se adopta el régimen de carrera y el estatuto de personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*” el cual, definió en primer lugar, la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

En el párrafo del artículo 5º, señaló la posibilidad de que los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública

¹ Actor: LUIS ANTONIO OLARTE VALENCIA Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL

como soldados profesionales, a partir del 1º de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la “prima de antigüedad” a la que tenían derecho.²

4. Mediante el Decreto 1794 de 2000 se expidió el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual, en su artículo 1º definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, indicando que:

- Los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares, esto es, por primera vez a partir de la vigencia del referido decreto, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario.
- Los soldados voluntarios, es decir, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares de acuerdo con los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su incorporación como soldados profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

Igualmente, se establecieron las prestaciones sociales a las cuales tienen derecho los soldados profesionales:

Prima de antigüedad: Artículo 2º.

Prima de servicio anual: Artículo 3º.

Prima de vacaciones: Artículo 4º

Prima de cesantías: Artículo 5º.

Auxilio de cesantías: Artículo 9.

Subsidio familiar: Artículo 11.

3.2. Sentencia de Unificación sobre el salario de los Soldados Voluntarios incorporados como Profesionales (Sentencia del Consejo de Estado – Sala Plena de la Sección Segunda SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Consejero Ponente William Hernández Gómez, expediente 1701-2016)

La Máxima Corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en SENTENCIA DE UNIFICACIÓN proferida el 25 de abril de 2019, precisó lo siguiente:

“140. Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren tal y como pasa a evidenciarse:

² «[...] PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen. [...]»

Partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales (artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004)	Partidas computables para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares (artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004)
<p>13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.</p> <p>13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.</p>	<p>13.1.1 Sueldo básico.</p> <p>13.1.2 Prima de actividad.</p> <p>13.1.3 Prima de antigüedad.</p> <p>13.1.4 Prima de estado mayor.</p> <p>13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.</p> <p>13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.</p> <p>13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.</p> <p>13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.</p>

141. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de Igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

142. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática», por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad», por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

143. Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994103 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente: La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

- 3.2.1.1. *Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.*
- 3.2.1.2. *Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. 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".*
- 3.2.1.3. *Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas.*

144. *En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales."*

3.3. Evolución normativa del subsidio familiar para los soldados profesionales.

El subsidio familiar se considera como una prestación propia del régimen de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia C-508 de 1997, puso de presente que, de acuerdo con su desarrollo legislativo, en Colombia, el subsidio familiar se puede definir como una prestación social legal de carácter laboral³ y,

³La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las prestaciones sociales son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por

desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.

El sistema de subsidio familiar fue definido en la Ley 21 de 1982, con los siguientes componentes centrales: En primer término como *“una prestación social pagadera en dinero, en especie y en servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad”*.⁴

La ley dispone que todos los empleadores, tanto del sector privado como del público, tienen la obligación de efectuar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios. El acceso a los beneficios, sin embargo, es diferenciado, puesto que el sistema opera como mecanismo de solidaridad, tanto entre trabajadores de distintos niveles salariales, como entre diferentes empleadores, que tiene como beneficiarios directos a los trabajadores de más bajos ingresos.⁵

Ahora bien, en el caso específico de los soldados e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, el régimen salarial y prestacional es de carácter especial, requiriendo, por ende, para la implementación del subsidio familiar, de una normativa particular, como en efecto se consagró en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en los siguientes términos:

"ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia de/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, con la expedición del Decreto 3770 de 2009 se derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000, dejando el subsidio familiar vigente sólo para aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales que a la fecha de entrada en vigencia del nuevo decreto lo estuvieren percibiendo y aclarando que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del

haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993.

⁴ Artículo 1 de la Ley 21 de 1982.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-440 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.⁶

Luego el gobierno nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se creó nuevamente el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, así:

"ARTÍCULO .1°. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1° de julio del 20.14. 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 electos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

⁶ Norma que fue declarada nula en su integridad con efectos ex tunc por el H. Consejo de Estado mediante providencia del 8 de junio de 2017), SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10), al resultar contraria a los fines esenciales del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulnerar los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social

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".

3.4. Efectos ex tunc de la sentencia del 8 de junio de 2017 que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009

Como se vio en el acápite anterior, el subsidio familiar que había sido creado en el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000, fue derogado por el Decreto 3770 de 2009 y entonces únicamente quedó vigente para aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales que al 30 de septiembre de 2009 lo estuvieren percibiendo.

Posteriormente el Consejo de Estado — Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Segunda — Subsección "B" en sentencia del 8 de junio de 2017 con ponencia del Consejero César Palomino Cortés en la radicación No. 11001-03-25000-2010-00065-00(0686-10), encontró que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009 y que eliminaban el subsidio familiar para los soldados profesionales, resultaban ser contrarias a los fines esenciales del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política, además de vulnerar los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectaban el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social, razón por la cual declaró su nulidad total con efectos ex tunc.

Tales efectos, implican la eficacia retroactiva de la sentencia que decreta la nulidad del acto administrativo⁷, dicho en otras palabras, una vez en firme la decisión del Consejo de Estado que anuló el Decreto 3770 de 2009, se entiende vigente y desde el momento mismo en que había sido derogado, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En vista de lo anterior, para los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon su unión marital de hecho a partir del 14 de septiembre de 2000 y hasta antes del 24 de junio de 2014, su derecho al subsidio familiar se rige en un todo por el Decreto 1794 de 2000.

Solamente para aquellos soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon su unión marital de hecho a partir del 24 de junio de 2014, el subsidio familiar les será reconocido, liquidado y pagado conforme el Decreto 1161 de 2014.

4. CASO CONCRETO

4.1. Del reconocimiento de la prima de actividad:

Empieza el Juzgado por indicar que, con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, se tiene acreditado que el demandante Geovany Prada Prada ingresó a la Armada Nacional el 18 de febrero de 2002 a prestar su servicio militar obligatorio. Posteriormente, el 28 de abril de 2005, su vinculación a la entidad fue como Alumno Infante Profesional y a partir del 27 de mayo de 2005

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 27 de abril de 2017, expediente 11001-03-25-000-201301087-00 (25122013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

se oficializó su vinculación como Infante Profesional y su estado es **ACTIVO** al momento de presentar la demanda (Pág. 34 Archivo A1. 73001333330032020004100).

Igualmente se estableció que con petición radicada el 02 de septiembre de 2019 bajo el No. 201900413202358422, invocando el derecho a la igualdad, el demandante solicitó el reconocimiento de la prima de actividad que devengan los oficiales y Suboficiales de las FF.MM y que está prevista en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 (Pag. 24 archivo A1. 73001333330032020004100).

La anterior petición fue resuelta en forma negativa mediante el oficio N° 2019042330426511 MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-AJDINOM-1.10 de fecha 11 de septiembre de 2019 hoy demandado, en el que se indica por parte de la entidad demandada, que no existe violación del derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que el régimen de carrera, salarial y prestacional del actor, se rige por normas completamente diferentes, de acuerdo con su jerarquía. (Pag. 26 archivo A1. 73001333330032020004100).

Atendiendo a los postulados normativos y la sentencia de unificación proferida del 25 de abril de 2019 mencionada con anterioridad, debe señalarse que no hay duda que como infante de marina profesional, el régimen salarial y prestacional que rige al accionante para efectos de determinar su salario, es el contemplado en el Decreto 1794 de 2000, régimen que no contempla la prima de actividad como prestación social a devengar.

Sin embargo, se trata de una situación conocida por el accionante, quien precisamente aduciendo violación del derecho a la igualdad, pide que se le reconozca y pague dicha prestación.

Al respecto, debe señalar el Despacho, con base en el marco jurídico de esta decisión, que el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública es especial, y se fija por la concurrencia del Legislador y del Gobierno Nacional, el cual por la misma estructura de la institución, la naturaleza de los cargos, de las funciones, rangos, competencias y responsabilidades asignadas admite ciertas diferenciaciones en la remuneración, válidas constitucionalmente.

Como son presupuestos fácticos diferentes, el principio y derecho fundamental de la igualdad no aplica ante situaciones que no son equiparables, por tanto, como la categoría de Soldado Profesional e Infante de Marina Profesional es diferente a la de otros miembros de las Fuerzas Militares, no pueden tener las mismas condiciones salariales y prestacionales, y en esa medida, no se vulnera el derecho a la igualdad.

De otra parte, revisadas las disposiciones que regulan el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, no existe en favor de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales activos, el reconocimiento de la prima de actividad, aspecto suficientemente explicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo anterior, no se advierte la configuración de la causal alegada para declarar la nulidad del acto acusado y al contrario, puede decirse que el mismo, en cuanto denegó el reconocimiento y pago de la prima de actividad al infante de marina profesional demandante, se ajustó a las normas vigentes que le son aplicables, por lo que la pretensión de nulidad del acto acusado y el consecuente restablecimiento del derecho a partir del reconocimiento de la prima de actividad, serán denegadas.

4.2. Del reconocimiento de la prima de actividad:

Conforme al registro civil de matrimonio allegado, se encuentra demostrado que el Infante de Marina Profesional Geovanny Prada Prada contrajo matrimonio con la señora Cindy Adriana Leal Lasso el día 14 de octubre de 2010 (Pag. 41 archivo A1. 73001333330032020004100), es decir, en vigencia del Decreto 1794 de 2000, pues como se vio, la sentencia de nulidad del 8 de junio de 2017, revivió los efectos de la citada norma, cual si esta nunca hubiera sido derogada.

En vista de lo anterior, surge para el actor el derecho al reconocimiento del subsidio familiar en la forma prevista en el artículo 11 del citado Decreto 1794 de 2000, equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad por las nupcias contraídas.

Aunque la entidad ha venido liquidando y pagando el subsidio familiar al actor aplicando el Decreto 1161 de 2014 y en cuantía equivalente al 20% de su asignación básica por haber contraído matrimonio, es claro que tal determinación se adoptó porque mientras estuvo vigente el Decreto 3770 de 2009, al actor no podía reconocérsele el subsidio familiar con base en el Decreto 1794 de 2000.

Sin embargo, una vez expulsado del mundo jurídico el Decreto 3770 de 2009 y revivido el Decreto 1794 de 2000, es esta norma y no el Decreto 1161 de 2014 el que regula lo concerniente al derecho al subsidio familiar del actor por la fecha en que contrajo nupcias, es más, si se observa con detenimiento, ambas disposiciones son excluyentes, pues si un soldado profesional tiene derecho a percibir el subsidio familiar con base en el Decreto 1794 de 2000, queda automáticamente excluido del subsidio familiar establecido en el Decreto 1161 de 2014, como expresamente lo dispone el parágrafo 3° del artículo 1° de esta última disposición⁸

Baste lo anterior, para concluir que con la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009, se restituyó al actor el derecho a que el reconocimiento y pago del subsidio familiar, le sea realizado bajo los parámetros del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, esto es, en el 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad y, por ende, el acto administrativo demandado 2019042330497611/MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-29.57 de fecha de 24 de octubre de 2019 y que se abstuvo de reconocer tal derecho que fue reclamado por el actor el 2 de septiembre de 2019, se encuentra viciado de nulidad como se declarará (Pag. 24 y 32 archivo A1. 73001333330032020004100).

A título de restablecimiento del derecho, habrá de disponerse que le sea reajustado y pagado el subsidio familiar, en la forma prevista en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por haber contraído matrimonio el 14 de octubre de 2010 y con efectos en todas las prestaciones y emolumentos que se calculan tomando como base dicho subsidio familiar, eso sí, **previa deducción** de las sumas que la Armada Nacional le hubiere pagado por concepto del subsidio familiar previsto en el Decreto 1161 de 2014, que como se vio, es incompatible con el derecho que aquí habrá de declararse a su favor.

5. PRESCRIPCIÓN

La parte demandada propuso la excepción de prescripción, citando el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que indica lo siguiente:

⁸ 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"

"ARTICULO 174. PRESCRIPCION. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares".

Teniendo en cuenta que, en el caso concreto, fue sólo con la sentencia de nulidad dictada el 8 de junio de 2017 con efectos **ex tunc**, que retornó a la vida jurídica el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, fue a partir de su ejecutoria que surgió para el actor la posibilidad de reclamar el subsidio familiar con base en esta disposición, por ende, como la súplica administrativa que interrumpió la prescripción se presentó el 2 de septiembre de 2019 y la demanda fue presentada el 11 de febrero de 2020, es claro que entre estos eventos no transcurrió el término de 4 años indicando en la norma que cita la parte demandada.

Por ende, se declarará no probada la excepción de prescripción y se dispondrá el reconocimiento del derecho a partir del 14 de octubre de 2010, ya que ninguna morosidad se le puede endilgar al accionante, porque antes del pronunciamiento del Consejo de Estado, no había forma de que se le reconociera el derecho que estaba consignado en una norma que se entendía derogada.

6. ACTUALIZACIÓN

La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = \frac{RH \text{ Índice Inicial}}{\text{Índice Final}}$$

En el cual el valor presente (R), se obtiene multiplicando el valor histórico, el cual corresponde a la diferencia del subsidio familiar y demás partidas que se liquidan tomándolo como base, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de este fallo), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de cada partida).

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula deberá realizarse separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

7. CONDENA EN COSTAS

Respecto de la condena en costas, el Juzgado se abstendrá de imponerla, habida consideración que aunque han prosperado las pretensiones de la demanda, ello ha sido de forma parcial, pues el Despacho le dio la razón a la entidad accionada en cuanto a la inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad que también pretendía el accionante.

Lo anterior de conformidad con el artículo 365 numeral 5º del C.G.P., por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 2019042330497611/MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-29.57 de fecha de 24 de octubre de 2019, emanado de la División de Nóminas Armada Nacional, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación — Ministerio de Defensa Nacional — Armada Nacional, a que reajuste, liquide y pague el subsidio familiar al señor Geovany Prada Prada, en la forma prevista en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, esto es, en el 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, por haber contraído matrimonio el 14 de octubre de 2010, y con efectos fiscales a partir del 14 de octubre de 2010.

La entidad deberá descontar los valores que por concepto de subsidio familiar previsto en el Decreto 1161 de 2014 le haya pagado al accionante, por ser incompatibles con el derecho aquí reconocido.

TERCERO: Así mismo se ordena el reajuste y pago de las diferencias por las prestaciones y emolumentos que haya devengado el actor y que se calculan tomando como base el subsidio familiar y que resulten afectados con el reajuste dispuesto en el ordinal anterior, a partir del **14 de octubre de 2010**.

CUARTO: ORDENAR a la entidad accionada que, si hay lugar, efectúe de manera indexada, los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar sobre las diferencias que deba pagar al demandante.

QUINTO: La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará de acuerdo a la fórmula indicada en parte motiva de esta providencia y el pago de intereses se ajustará a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda, encaminadas al reconocimiento y pago de la prima de actividad a favor del accionante.

SÉPTIMO: Sin costas

OCTAVO: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa Siglo XXI y, una vez en firme, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL

**JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9bfe340b385bce0ebf97e7debc121bd073683059d5430be92c7e0e9f8ccfd426

Documento generado en 25/06/2021 01:26:12 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**