



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00215-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACION - MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por RAUL MAURICIO MORALES en contra de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, radicado con el No. 73-001-33-33-004-2019-00215-00, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto – Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, previo agotamiento de las etapas descritas en el mismo.

1. PRETENSIONES.

La parte actora pretende en su escrito demandatorio lo siguiente:

“1. Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos conformados por los siguientes oficios:

1.1. Oficio No. 20183112443741 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 librado el 12 de diciembre de 2018, por el Oficial Sección Ejecución Presupuestal DIPER del Ejercito Nacional, en virtud del cual se 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%.

1.2. Oficio No. 20193170030801 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 librado el 10 de enero de 2019, por el Oficial Sección Nomina del Ejercito Nacional, en virtud del cual se negó el pago de la prima de actividad, en la asignación salarial del demandante.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL, disponga el reajuste de salarios y prestaciones sociales que actualmente devenga el Demandante, con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

2.1. Reconocimiento del SUBSIDIO FAMILIAR desde la fecha en que el demandante adquirió el derecho, es decir, desde el 21 de octubre de 2008 con fundamento en lo normado en el Artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, hasta la fecha en que le fue reconocido en un 23%.

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

- 2.2. *Reajuste del SUBSIDIO FAMILIAR reconocido al demandante en un 23%, cuando debió ser reconocido en un 62.5%, con fundamento en lo normado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.*
- 2.3. *Reconocimiento y pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD en la asignación mensual que actualmente devenga el demandante, en aplicación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional.*
- 2.4. *Que se disponga el reconocimiento y pago del retroactivo salarial que se genere con fundamento en los reajustes reclamados.*
- 2.5. *Que se disponga el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral a que tenga derecho el Demandante con base en los reajustes reclamados.*
- 2.6. *Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.*
- 2.7. *Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.*
- 2.8. *Que se condene en costas a la entidad demandada.*
- 2.9. *Que se reconozcan honorarios de abogado del Demandante.”*

Las anteriores peticiones se fundamentan en los siguientes:

2. HECHOS

1. Que el señor **RAUL MAURICIO MORALES**, ingresó al Ejército Nacional el **11 de octubre de 2002**, a prestar su servicio militar, que para el **07 de diciembre de 2003**, se oficializó su vinculación como Soldado Profesional.
2. Que el demandante contrajo nupcias con la señora Sandra Patricia Cáceres Galvis el día 21 de octubre de 2008, que de dicha unión procrearon al menor David Morales Cáceres.
3. Que el demandante presentó los documentos necesarios y se le reconoció el subsidio familiar en la cuantía establecida en el decreto 1161 del 2014.
4. Que mediante derecho de petición radicado el día **16 de octubre de 2018**, se solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.
5. Que mediante Oficios No. **20183112443741 MDN- CGFM- COEJC- SECEJ- JEMGF- COPER- DIPER- 1.10** con fecha del **12 de diciembre de 2018** y **20193170030801** con fecha del **10 de enero de 2019**; la entidad demandada dio respuesta por separado a lo solicitado en la petición.

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

6. Que el Demandante actualmente se encuentra **ACTIVO** al servicio del Ejército Nacional prestando sus servicios en el Batallón de Operaciones Terrestres No. 18 con sede en Planadas- Tolima.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada a través de apoderada judicial, en su contestación se opone a las pretensiones incoadas, indicando respecto al SUBSIDIO FAMILIAR que esta prestación no se les reconoce a los soldados profesionales, puesto que el régimen aplicable para ellos es el consagrado en el Decreto 1794 de 2000.

Con relación al acto administrativo que negó lo concerniente a la PRIMA DE ACTIVIDAD, manifiesta que la solicitud de nulidad carece de sustento fáctico y jurídico.

Formuló como medios exceptivos los que denominó: *PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO Y CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDA.*

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 14 de mayo de 2019 (fol. 1), correspondió por reparto a éste Juzgado, quien después de inadmitir la demanda, mediante auto del 9 de julio de 2019, admitió la demanda (Fol. 36).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fols. 38 y ss) dentro del término de traslado la entidad demandada contestó la demanda, propuso excepciones y allegó las respectivas pruebas que pretendía hacer valer (Fols 44 y ss).

Mediante providencia del 14 de febrero de 2020 se fijó el 2 de abril de 2020 como fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 77), mediante auto del 22 de julio de 2020 (Fol. 79), se realizó control de legalidad al presente trámite, dejando sin efecto jurídico el auto de 14 de febrero de 2020 como consecuencia de las medidas tomadas a raíz de la emergencia sanitaria surgida por la pandemia del COVID-19; en la misma providencia se incorporaron las pruebas documentales allegadas por las partes y se requirió a la entidad demandada para que allegara el expediente administrativo del demandante.

Luego, mediante auto del 24 de agosto de 2020 (Fol. 83), en cumplimiento a lo normado en el artículo 13 del Decreto – Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020, y con el fin de dictar sentencia anticipada, se incorporan las pruebas obrantes en el plenario.

Finalmente, mediante auto de 8 de septiembre de 2020 (Fol. 95), se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

5. ALEGATOS DE LAS PARTES

5.1. PARTE DEMANDANTE

Reiteró los argumentos de la demanda, y solicitó la emisión de un fallo de carácter favorable a las pretensiones de la demanda en consideración al fallo emitido por el Consejo de Estado el 8 de junio de 2017, por medio del cual se declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, y ordenando a la entidad demandada que reconozca la partida denominada subsidio familiar en la cuantía establecida en el art. 11 del Decreto 1794 de 2000.

5.2. PARTE DEMANDADA

Se ratificó en los argumentos de la contestación de la demanda y solicitó se nieguen las pretensiones de la misma, en consideración a que los actos administrativos de los que se solicita la nulidad gozan de presunción de legalidad y que dicha presunción no fue desvirtuada durante el trámite procesal.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió los actos administrativos que se demandan, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. Problema Jurídico.

Corresponde al Despacho determinar si, le asiste derecho a la parte demandante a recibir el reajuste y pago de la asignación mensual, teniendo en cuenta la partida subsidio familiar, en el equivalente al 62.5% y la prima de actividad, así como el pago retroactivo e indexado generado con base en el reajuste solicitado y los intereses moratorios causados, como se reclama en la demanda.

De otro lado, se habrá de verificar la prosperidad de las excepciones denominadas **presunción de legalidad del acto acusado y carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada**, propuestas por la entidad accionada, debiendo precisar que al atacar el fondo del asunto y por ende, estar relacionadas con el contenido dogmático y práctico de la teoría del caso, serán evacuadas a lo largo de la presente providencia y al resolver el asunto.

3. Actos Administrativos Demandados

Se demandan, el **Oficio 20183112443741 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 12 de diciembre de 2018** por medio del cual se negó al demandante el reconocimiento y pago de la partida denominada Subsidio Familiar (Fol. 16), y el **Oficio 201931170030801 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 10 de enero de 2019** por medio del cual se negó al demandante el reconocimiento, pago e inclusión del incremento de la prima de actividad.

4. Tesis del Juzgado.

El Despacho estima que le asiste asidero de prosperidad parcial en los pedimentos de la demanda incoada respecto del reconocimiento del **Subsidio familiar**, destacando que efectivamente el contexto fáctico de la situación del actor se enmarca dentro de los supuestos analizados por el H. Consejo de Estado en sentencia de 08 de junio de 2017, que declaró la nulidad del Decreto 3770/09, y por ende ciertamente la nugatoria del derecho, le comportó a aquel un acto discriminatorio, regresivo y desigual.

En tal sentido, precaviendo que el actor, para el momento de vigencia del Decreto 1794/00, satisfizo los requisitos para acceder a la partida prestacional por haber contraído matrimonio, será del caso reconocer la misma siempre que el vínculo esté vigente y hasta el momento en que el mismo permanezca vigente; siendo igualmente procedente disponer que se reliquiden las prestaciones salariales percibidas por el actor, y que deban ser o sean impactadas por inclusión de la partida que se ordenará.

De otra parte, en relación con la pretensión de reconocimiento de la **Prima de Actividad**, los estimativos demandatorios habrán de negarse de cara a los argumentos jurídicos soporte de esta decisión, como quiera que el trato diferenciado a nivel salarial y prestacional de los soldados profesionales y los demás miembros de la Fuerza Militar, aparece soportado en criterios razonables, de diferencias en cuanto a funciones, responsabilidades y rango de los cargos contrastados; amén de que los primeros cuentan con un propio régimen prestacional definido en el Decreto 1794/00, amparado bajo el principio de libertad de configuración legislativa.

5. Fundamentos de la Tesis del Despacho.

5.1. Subsidio familiar como partida computable para los soldados profesionales

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

“ARTICULO 1. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano 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.

Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.”

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

“ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso. Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia”.

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en sentencia C-508 de 1997, sostuvo que el Subsidio Familiar ostenta una triple condición: i) la de prestación legal de carácter laboral, ii) la de mecanismo de redistribución del ingreso y iii) la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Se tiene entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

El Decreto 1794 del 2000 reguló la asignación básica de los **soldados profesionales** y en su artículo 11, estableció que tendrían derecho a devengar un subsidio familiar, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 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, con la expedición del Decreto 3770 de 2009 se derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000 **y con ello, los soldados profesionales perdieron el derecho a percibir el subsidio familiar**. Sin embargo, la mentada norma contempló un régimen de transición en materia de subsidio familiar, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

***PARÁGRAFO PRIMERO.** 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 SEGUNDO.** Aclarase 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”.*

En aras de eliminar la situación de desigualdad creada en contra de los Soldados Profesionales con la norma previamente referida, el gobierno nacional expidió el **Decreto 1161 de 2014**, mediante el cual, se crea 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 y se establece además, **que dicha partida será tomada en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro**, así:

“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.

(...)” (Negrilla y Subrayado del Juzgado)

5.2. Sentencia del 8 de junio de 2017 del H. Consejo de Estado, mediante la cual se declaró con efectos ex tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009.

Efectivamente, a través de sentencia del 8 de junio de 2017, el H. Consejo de Estado declaró con efectos ex tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, por el cual se derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en el cual se establecía el subsidio familiar para los soldados profesionales.

Para arribar a tal conclusión efectuó el siguiente análisis:

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

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

En efecto, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no solamente estipuló un derecho objetivo con vocación de subjetivación en cabeza de quienes contraigan matrimonio o constituyan una unión marital del hecho, sino que también reconoció este derecho a todos los soldados profesionales en servicio activo, por cuanto que al ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad y ser titulares del derecho a la familia tienen la probabilidad cierta de consolidar en el futuro el correspondiente derecho a la prestación del subsidio familiar.

Ahora bien en relación con la segunda hipótesis normativa mencionada, esta Corporación ha precisado anteriormente que existe un trato discriminatorio entre los miembros efectivos del ejército nacional con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009, en la medida en que subsiste el reconocimiento de la prestación social del subsidio familiar a los suboficiales y oficiales del ejército y no a los soldados profesionales. De manera que el Consejo de Estado ha inaplicado, con efectos interpartes, disposiciones contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, por considerar que conllevan a privilegiar un tratamiento desigual entre iguales, en relación con la inclusión de la prestación del subsidio familiar como factor prestacional al momento de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, toda vez que por mandato del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, solo se reconoce dicha posibilidad cuando quien se retira del ejercicio ha prestado servicios como suboficial u oficial de las fuerzas militares.

Fue así como el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante Sentencia del 27 de octubre de 2016, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Gabriel Valbuena Hernández, dijo lo siguiente:

“De la norma transcrita se deduce que el subsidio familiar únicamente fue contemplado por el legislador, para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, mas no en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, como el demandante; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha dicho que esto constituye un trato diferenciado sin justificación razonable que redunde en una flagrante violación del principio de igualdad.(...)

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

(...) si bien el legislador sólo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y excluyó de la aplicación de tal regla a los Soldados Profesionales, en aplicación del principio de igualdad, resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial” (Subrayado ajeno al texto original)

En relación con estas hipótesis normativas la Sala no encuentra justificación alguna que motivara la decisión del Gobierno Nacional para imponer arbitrariamente una medida regresiva que como se dijo destroza de tajo una garantía fundamental anteriormente reconocida a los soldados profesionales. Sin embargo, para proseguir en el análisis y advirtiendo que de las contestaciones de la demandas como de los alegatos de conclusión presentados por las entidades del Gobierno Nacional, no es posible advertir los fundamentos, en cuanto objetividad, razonabilidad y relación de proporcionalidad, sobre los que se sustentara la derogatoria del reconocimiento del derecho objetivo a la mencionada prestación social; se tendrá en cuenta para el efecto la consideración realizada por el demandante en el sentido de señalar que la medida derogatoria adoptada en el acto administrativo acusado bien puede obedecer a razones de índole presupuestal, frente a la sostenibilidad financiera del sistema.

Sin embargo, una medida regresiva como la estudiada tampoco resulta ser idónea y necesaria a la luz de la satisfacción de mayores requerimientos presupuestales de las Fuerzas Militares, por cuanto que bien pudo haberse realizado una reducción en los gastos de funcionamiento del sector defensa o acudir a una adición presupuestal con recursos propios del alto gobierno, medidas que bien hubieran podido evitar el sacrificio mayor del derecho prestacional al subsidio familiar de los soldados profesionales, como en efecto sucedió.

Finalmente, no es posible considerar que una medida regresiva de tal entidad pueda ser proporcional entre el objetivo que perseguía y el medio final empleado, debido a que la previsión no es de aquellas que limita o restringe un derecho y por tanto permita tener un punto de comparación para la aplicación del test de proporcionalidad, toda vez que como se dijo la decisión gubernamental implicó el cercenamiento total del derecho mencionado. Incluso, tal despropósito, carácter desproporcionado de la medida, y afectación al principio de confianza legítima, fue reconocido posteriormente por el Gobierno Nacional al intentar enmendar el exabrupto constitucional con la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual “se crea” el subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales.

En conclusión, la medida incorporada al ordenamiento jurídico mediante el Decreto 3770 de 2009, que suprime el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados profesionales al revocar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se constituye en regresiva y por tanto carente de legalidad, al no solamente contravenir los principios y normas en los que debería fundarse, sino también porque no es compatible con el contenido esencial de los derechos a la protección y seguridad social, al trabajo, y a la seguridad jurídica,

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

toda vez que su objeto no se encuentra dirigido a promover el bienestar general de los soldados profesionales como integrantes de la fuerza pública en una sociedad democrática.”

5.3. Del Régimen Jurídico de la Prima de Actividad y Régimen Prestacional de Soldados Profesionales.

De manera general, y para poner en contexto el asunto planteado desde la demanda en relación con la partida denominada **prima de actividad**, es preciso advertir que dicha partida inicialmente, solo se encontraba dispuesta para los miembros en rango de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, de manera que, dicho beneficio, solo se hizo extensivo a los miembros del Ejército Nacional y empleados públicos del Min. Defensa y la Policía Nacional, según lo consignado en decretos 1211; 1212 y 1214 de 1990.

Sin embargo, dentro de tales reconocimientos extensivos, no se mencionó al grupo de miembros de la fuerza pública, conformado por los **Soldados Profesionales**, cuyo régimen prestacional fue definido por el Gobierno Nacional, mediante **Decreto 1793 de 2000** – emitido por virtud de las facultades otorgadas al Presidente mediante Ley 578/00.

El Decreto 1793, precave:

***“ARTICULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL.** El gobierno nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.
(...)*

***ARTICULO 42. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.”*

En orden a ello, se expide el Decreto 1794, que al respecto precisa:

***“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. (...).

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. (...).

Parágrafo 2. (...).

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.
(...).*

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. (...).

Artículo 6. Pasajes por traslado. *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo que sea trasladado en forma individual dentro de las guarniciones del país, tendrá derecho al reconocimiento de sus respectivos pasajes.*

Artículo 7. Pasajes por comisión. *El soldado profesional de las Fuerzas Militares que cumpla comisiones individuales del servicio dentro del país, tendrá derecho a los pasajes correspondientes.
(...).*

Artículo 8. Vacaciones. *A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional tendrá derecho a treinta (30) días calendario de vacaciones remuneradas por cada año de servicio cumplido, las cuales se distribuirán en tres períodos teniendo en cuenta el reentrenamiento y las necesidades del servicio.*

Artículo 9. Cesantías. *El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional*

Artículo 10. Vivienda militar. *A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional podrá participar en los planes y programas que en materia de vivienda ofrecen la Caja Promotora de Vivienda Militar, u otras entidades públicas o privadas que tengan por objeto adelantar este tipo de programas.*

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*

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. (...).”

Parámetros dentro de los cuales, ciertamente no aparece contemplada la partida denominada **prima de actividad** como emolumento remunerativo para estos miembros de la fuerza militar.

5.4. Del Derecho a la Igualdad en material salarial y laboral.

Finalmente, partiendo del marco circunstancial que rodea el sub judice, es preciso traer a esta disertación, el pronunciamiento Jurisprudencial del Consejo de Estado, que en sede de segunda instancia, en el que se ha abordado el particular – principio Constitucional aludido – señalo:

*“Ahora bien, de tiempo atrás la jurisprudencia ha señalado que el empleado público que pretenda el reconocimiento de la nivelación salarial, debe acreditar que **cumplió las mismas funciones asignadas al cargo del cual reclama el salario, que tiene idénticas responsabilidades y categoría del empleo** y además, que **reúne los requisitos que se exigen para ocuparlo**. Cumplidos estos presupuestos, es posible aplicar el principio denominado «a trabajo igual, salario igual» previsto en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991.*

Respecto a la aplicación de este precepto, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

*«[...] En estas condiciones, “el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones”. Sin embargo, es preciso advertir que la igualdad predicada obedece a criterios objetivos y no meramente formales, aceptando entonces homogeneidad entre los iguales, pero admitiendo también diferenciación ante situaciones desiguales...”
[...].»*

*7.- Respecto del tema específico de la igualdad en materia salarial, ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores. Esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: **i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales [...]**»¹ (Subrayas de la Sala).*

La Sección Segunda por su parte ha señalado en casos similares al aquí tratado lo siguiente²:

¹ Sentencias T- 027 de 1997, SU-111 de 1997 y T-272 de 1997 Corte Constitucional. Esta corporación también señaló al respecto en la sentencia del 19 de julio de 2007 radicado 454 A-2007 con ponencia del doctor Humberto Sierra Porto lo siguiente: «[...] Al respecto, se ha afirmado que "en materia salarial, **si dos o más trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía,** sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno o varios de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el **salario**, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de **trabajo**" Sentencia SU-519 de 1997[...]» (Subraya y negrilla de la Sala).

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C. 13 de febrero de 2014. Radicación 05001-23-31-000-2006-02895-01(0042-12). Actor: Efraín Alberto Cruz Cena. Demandado: Instituto De Seguros Sociales. Ver también la siguiente sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil trece (2013). Expediente: 050012331000200303588 01. Número Interno: 2343-2012. Autoridades departamentales. Actor: Luis Enrique Henao Tobón.

«[...] En este orden de ideas, para obtener el reconocimiento del salario de Médico Especialista Grado 40, le correspondía al demandante acreditar fehacientemente que ejecutaba la misma labor, tenía la misma categoría, contaba con la misma preparación y tenía las mismas responsabilidades de un empleado vinculado a dicho cargo, lo cual no aparece acreditado dentro del proceso.

[...]

Recalca la Sala que las exigencias para ocupar ambos cargos varían en cuanto la experiencia profesional requerida, siendo que es la misma norma la que trae una distinción particular dentro de estos perfiles, siendo esta razón más que suficiente para justificar un trato desigual en las asignaciones salariales para uno y otro, puesto que no se trata de dos cargos que están en igualdad de características, puesto que uno tiene exigencias más gravosas que el otro, por lo tanto, la escala salarial de uno no será igual al de otro [...].(Subrayas fuera de texto).

Conforme a lo expuesto, debe concluirse que quien pretenda la nivelación salarial porque considera que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, debe acreditar que cumplía las mismas funciones que este y que contaba con la misma preparación, además de acreditar los requisitos que exige el empleo respecto del cual se deprecia la compensación.”³

5.5. Caso concreto

De lo probado en el proceso

- El demandante se vinculó al Ejército Nacional prestando su servicio militar a partir del día 11 de octubre de 2002 y hasta el 6 de diciembre de 2003, y, como soldado profesional desde el 7 de diciembre de 2003 hasta la fecha. (fol. 20)
- De conformidad con el certificado salarial aportado con la demanda, se evidencia que al actor se le reconoce la partida de subsidio familiar equivalente al 23%, conforme a lo normado en el Decreto 1161 de 2014. (Fol. 21).
- Que el actor se casó con la señora Sandra Patricia Cáceres Galvis, el 21 de octubre de 2008. (Fol. 22).
- Que dentro del matrimonio del actor se procreó un hijo: David Morales Cáceres, como se puede corroborar con la copia del registro civil de nacimiento visible a folio 23 del expediente.
- Que mediante petición y por intermedio de apoderado judicial, el demandante solicitó al Ejército Nacional, el reconocimiento y pago debidamente actualizado, de las partidas denominadas **prima de actividad** en aplicación al derecho a la igualdad, y **subsidio familiar**, desde el día que se casó, esto es el 21 de octubre de 2008, conforme al Decreto Ley 1794 de 2000 (Fls. 10 y ss), lo cual fue denegado mediante los actos administrativos acusados. (Fls. 16 y 18).

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. CP. Dr. William Hernandez Gomez. Sentencia de 20 de septiembre de 2018. Exp. 05001-23-33-000-2014-00351-01(4327-16)

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

Así pues, del examen de los sustentos normativos, y jurídicos evocados, al compás de los elementos fácticos que caracterizan al sub judice, se abordaran cada uno de los pedimentos esbozados en la demanda, en relación con el subsidio familiar y la prima de actividad.

a) Del Subsidio Familiar

En el presente asunto pretende el demandante que a partir del 21 de octubre de 2008, fecha en la que contrajo nupcias con las señora Sandra Patricia Cáceres Galvis, se le aplique lo previsto en el Decreto 1794 de 2000, que en su artículo 11 establecía el subsidio familiar para los soldados profesionales, ello con fundamento en que si bien es cierto con el Decreto 3770 de 2009, se derogó el precitado artículo, y solamente con la expedición del Decreto 1161 de 2014, se volvió a crear el mentado subsidio para estos, lo cierto es que con la sentencia del H. Consejo de Estado del 8 de junio de 2017, mediante la cual se declaró con efectos *ex tunc* la nulidad total del Decreto 3770, automáticamente quedó vigente el artículo 11 del Decreto 1794, como si nunca hubiera salido del ordenamiento jurídico.

Desde ya ha de advertir el Despacho, que razón le asiste a la parte demandante, pues efectivamente, mediante providencia aclaratoria de la sentencia reseñada en el párrafo anterior, calendada el 8 de septiembre de 2017, el H. Consejo de Estado precisó con relación a los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, lo siguiente:

*“...Sin embargo, la Sala considera prudente reiterar que conforme con su inveterada y pacífica jurisprudencia, es claro que la nulidad de un acto administrativo produce efectos *ex tunc*, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado, por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto. **Por lo tanto, si se declara la nulidad de un acto administrativo que había derogado o revocado otro acto administrativo, la consecuencia es que el acto revocado o derogado cobra nuevamente vigencia, incluida su presunción de legalidad**⁴.*

*Sobre los efectos de los fallos de nulidad, también ha sido abundante la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son *ex tunc*, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome⁵. Es así que respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, se reitera, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las “afecta”, de manera inmediata⁶.*

⁴ Consejo de Estado. Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 41001-23-33-000-2012-00238-01(0798-14). M.P. William Hernández Gómez.

⁵ Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

⁶ Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

Lo dicho quiere significar que solo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de debate en sede administrativa, ora porque estuvieren demandadas o pudieren serlo ante la jurisdicción contencioso administrativa entre el momento de la expedición del acto y la sentencia proferida. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta que “la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado”⁷.

De acuerdo con la doctrina, cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esa penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos jurídicos legales⁸.

La nulidad de ese tipo de actos puede generar un aparente vacío normativo en la medida en que se anule un acto general que reguló una materia determinada derogando la regulación preexistente.

En estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo puede proveer en el sentido de entender que la nulidad del acto general implica el recobro de la vigencia de las normas que se derogaron por el acto anulado. Esta conclusión tiene por objeto, en primer lugar, evitar el eventual vacío normativo que quedaría sobre la materia regulada por el acto anulado y, en segundo lugar, propender por la seguridad jurídica que implica que la administración siempre debe contar con normas legales o reglamentarias para desarrollar su función, todo eso, en virtud del principio de la auto-tutela normativa que se predica de la función administrativa.

El efecto de la sentencia de nulidad de los reglamentos y actos generales frente a las normas derogadas por el propio acto o reglamento que se anula es el de, en principio, revivir la vigencia de la norma derogada siempre que haya vacío normativo, vacío que entorpecería la acción de la administración.

Así, el efecto de esa declaratoria es que el acto derogatorio pierde validez y, por ende, las normas que fueron derogadas recuperen sus efectos jurídicos. Salvo cuando se presenten situaciones individuales consolidadas, evento en el cual le corresponderá al juez de conocimiento analizar los efectos de la nulidad, atendiendo las circunstancias particulares y concretas de cada caso.

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”⁹.

⁷ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de abril de 1991. Rad. 3151. Sentencia del 23 de marzo de 2001. Rad. 11598. M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁸ Jaime Orlado Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Página 327, Universidad Externado de Colombia, 4 ed, 2007.*

⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de enero de 2015. Expediente: 11001-03-06-000-2015-00002-00(2243): M.P. Álvaro Namen Vargas.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

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...". (Negrillas fuera de texto).

De lo anterior es dable colegir entonces, que al declararse la nulidad del Decreto 3770 de 2000, mediante el cual se derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hay dos consecuencias inmediatas: de un lado, que ese acto derogado cobra de nuevo vigencia y, de otro lado, que comoquiera que la situación jurídica del actor, en relación con el reconocimiento del mentado subsidio familiar, no se encontraba consolidada, sobre la misma, la sentencia de nulidad con efectos ex tunc, tuvo efectos inmediatos.

En efecto, en el presente asunto debemos tener en cuenta que el demandante no tenía una situación jurídica consolidada antes de la expedición del mentado Decreto 1794 de 2000, por lo que presentándose el supuesto de hecho que autoriza el reconocimiento y pago del subsidio familiar en vigencia de dicha norma, conforme a lo indicado en la sentencia a la que se hizo alusión en líneas precedentes, resulta meritorio concluir que es dicha normatividad la que se encuentra llamada a regir el reconocimiento solicitado.

Por lo anterior, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado contenido en el **Oficio 20183112443741 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 12 de diciembre de 2018**, pues se itera, al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar, conforme a lo determinado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, norma destinada a regular la situación jurídica particular y concreta presentada a partir del 28 de octubre de 2008 cuando contrajo nupcias con la señora Sandra Patricia Cáceres Galvis.

La entidad podrá descontar de este valor, las sumas que ya le fueran canceladas por este concepto al señor Raúl Mauricio Morales, habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, al mismo se le reconoció hasta la fecha de su retiro, la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1°.

En igual sentido, resulta procedente ordenar la liquidación de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas, **de igual manera tales diferencias serán objeto de los descuentos de ley que sean pertinentes.**

PRESCRIPCIÓN

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente:

1. Que mediante sentencia judicial del 8 de junio de 2017, se declaró la nulidad con efectos ex tunc, del Decreto 3770 del 2009.
2. Que mediante petición del **18 de octubre de 2018**, el actor solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar, conforme al Decreto 1794 de 2000.
3. Que la demanda fue presentada el día 14 de mayo de 2019.

Así las cosas, como quiera que solamente a partir de la decisión judicial que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, el actor tuvo una expectativa real frente al reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por cuanto solamente hasta ese momento dicha normativa cobró nuevamente vigencia luego de haber sido derogada 4 años atrás, y comoquiera que la petición que dio origen a la actuación administrativa se presentó el **18 de octubre de 2018** y la demanda el 14 de mayo de 2019, deberá concluirse que en este caso, no operó el fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

b) De la Prima de Actividad

Igualmente dentro de lo pretendido por la parte actora esta la declaratoria de nulidad el acto administrativo contenido en el **Oficio 201931170030801 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 10 de enero de 2019**, por medio del cual se negó al demandante el reconocimiento, pago e inclusión del incremento de la **prima de actividad**, por lo que corresponde establecer si aquel acto de carácter nugatorio, adolece los vicios de ilegalidad que le imputa la parte demandante.

Para absolver esta cuestión, es pertinente señalar que en cuanto a la definición del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, dispone la Constitución Nacional:

“ARTICULO 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:
(...)*

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;"

Entonces, corresponde tanto a una "facultad concurrente" (como lo ha reconocido la Jurisprudencia Constitucional) que compete tanto al Congreso como al Presidente de la República, definir tales regímenes prestacionales. De acuerdo con ello, dejamos sentado que el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales, se encuentra definido en el Decreto 1794/00, el que claramente dista de aquel definido para Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Militar, comprendido en los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990.

Así en principio, lo primero que hemos de advertir, es que los **soldados profesionales**, solo devengan las prestaciones contenidas en el mentado Decreto 1794/00, y entonces no cuentan con el derecho Constitucional y legal de devengar prestaciones distintas de las allí contenidas, pues tal circunstancia vulneraría principios de rango superior como el de **inescendibilidad de la norma**.

Súmese a lo antedicho, respecto de la aplicación, que prodiga la parte actora, en relación con la aplicación del derecho a la **igualdad**, que aquel definido como se advirtió en acápites precedentes, por la Jurisprudencia de las Altas Cortes y en especial de la Corte Constitucional, tiene unas características especiales, pues como se previene de contenido y sentido superior del derecho fundamental alegado, aquel realmente comporta una garantía de protección de derechos entre iguales, pues en principio un trato disímil entre supuestos fácticos y jurídicos diferenciados, está avalado por el Estado Social de Derecho.

Con todo bajo el postulado de "**a trabajo igual salario igual**" se ha reconocido el derecho de los trabajadores a que reciban igual tratamiento jurídico, cuando luego de un test de igualdad, se verifica que efectivamente comparten similitud de funciones, responsabilidades y rango, entre otros; ante tal perspectiva, hemos de precisar para el caso del aquí demandante, que aquel ciertamente no comparte las mismas prerrogativas a nivel laboral que los miembros de la Fuerza Militar en los rangos de oficial y suboficial, lo que si bien, comporta un trato diferenciado, per se, no implica una transgresión del derecho a la igualdad, ello, pues como pasa a explicarse, los soldados profesionales no comparten las misma funciones que los rangos a los que pretende equipararse, tampoco comparten las mismas responsabilidades.

Por tanto, surge palmaria la diferenciación razonable con el actor, y que además se encuentra amparada por el principio de libertad de configuración legislativa, con lo que carecen de asidero de prosperidad los pedimentos incoados en relación con la pretensión aquí estudiada, siendo así, se declinará parcialmente la demanda incoada.

Como refuerzo de lo anterior, estima el Despacho pertinente traer a colación, pronunciamientos que respaldan la postura frente al particular, emitidos por el Tribunal Administrativo de Santander y de Cundinamarca respectivamente, los que consideran:

"v) Por lo anterior de acuerdo a la normatividad y las reglas jurisprudenciales la sala considera que el demandante al prestar los servicios al Ministerio de Defensa Nacional

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

como Soldado Profesional, el régimen salarial y prestacional que lo rige es el contemplado en el Decreto 1794 de 200023 y este no contempla la prima de Actividad.

vi) La vulneración del derecho a la igualdad alegada por el demandante entre los soldados profesionales y los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa, la Sala encuentra que en materia laboral y el artículo 53 constitucional²⁴ enseña que a trabajo igual corresponde igual remuneración, pero entre iguales a contrario sensu ante diferentes supuestos de hecho no es posible dar el mismo trato.

vii) Además, el derecho a la igualdad se predica entre iguales y como lo ha dicho la honorable Corte Constitucional no hay igualdad cuando hay razones objetivas para establecer diferentes entre los sujetos de las normas, es las calidades y las responsabilidades, funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos que se exigen al interior de la entidad para cada grado, son factores que justifican las diferencias y supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad

ix) (Sic) Encontrando la Sala que los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución, no son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial.”¹⁰

En la misma línea, el Tribunal de Cundinamarca:

“Como corolario de lo antes expuesto, palmario es concluir que los Soldados Profesionales tienen su propio régimen salarial y prestacional, distinto al de los demás miembros de la Fuerza Pública, y en el cual no se encuentra contemplada la reclamada prima de actividad. Luego, dable es afirmar que los Soldados Profesionales no tienen derecho a devengar otras prestaciones sociales diferentes a las señaladas en el citado Decreto 1794 de 2004, pues de permitirse tal situación no sólo se violaría el principio de inescindibilidad de la ley sino que también se conculcaría el principio de libertad de configuración legislativa.

En este orden de ideas, la prima de actividad (consagrada en el artículo 84¹¹ del Decreto 1211 de 1990, modificado por el artículo 30¹² del Decreto 737 de 2009) prevista para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, no puede ser reconocida a los Soldados Profesionales de esa misma institución. Lo anterior, a juicio de la Sala, no constituye vulneración alguna del derecho a la igualdad, puesto que dichos soldados no tienen el mismo nivel de jerárquico, ni desempeñan las mismas funciones que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

¹⁰ Tribunal Administrativo de Santander. Mp. Dr. Julio Edisson Ramos Salazar. Sentencia de 15 de mayo de 2019. Exp. 680013333007-2016-00229-01

¹¹ **ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser (sic) equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

¹²ARTICULO 30. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los articulas 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%).

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

Las consideraciones antes expuestas encuentran aún mayor respaldo en lo manifestado por el Consejo de Estado en sentencia del 23 de febrero de 2017¹³, que, al resolver el medio de control de simple nulidad impetrado contra el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007¹⁴, sentó:

“Al respecto es importante señalar que una vez revisados los antecedentes jurisprudenciales sobre el punto, se observa que esta corporación en sentencia del 27 de marzo de 2014¹⁵, se pronunció sobre la legalidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 frente al cargo de vulneración del derecho a la igualdad, al incrementar la prima de actividad en un 50% a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa, sin incluir a los agentes que regula el Decreto 1213 de 1990, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y a los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

En esa oportunidad, la Sección Segunda precisó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad, pues por un lado, la parte actora afirmó que los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo son «la parte más débil de la jerarquía en la fuerza pública y quienes corren más riesgos», empero, no se demostró el supuesto fáctico para dar aplicación del principio a trabajo igual salario igual, razón por la cual debía otorgarse el aumento de la prima en cuestión.

Igualmente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 4.ª de 1992¹⁶, concluyó que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades y es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones. Así las cosas, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan. (Subrayas para denotar)

*2. Descendiendo al caso de auto, se tiene que **Néstor Alonso Tibatá Guerrero**, actualmente, funge como Soldado Profesional del Ejército Nacional, hecho que se presume en virtud del inciso primero¹⁷ del artículo 97 del CGP, pues así lo afirmó el actor en su libelo demandatorio y la parte accionada no lo desvirtuó. Por consiguiente, comoquiera que la reclamada prima de actividad no fue prevista para los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se concluye que las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar, razón por la que **habrá de confirmarse** la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.”¹⁸*

Haciendo suyos los argumentos decantados por el Alto Tribunal el despacho considera que la prima de actividad no fue prevista dentro del régimen laboral y prestacional propio

¹³ Consejo de Estado; Sección Segunda - Subsección “A”; C.P.: William Hernández Gómez; sentencia del 23 de febrero de 2017; Rad.: 11001-03-25-000-2010-00186-00 (1316-10); Actor: Antonio Moyano; Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Departamento Administrativo de la Función Pública.

¹⁴ “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones”.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de marzo de 2014, Radicación: 11001-03-25-000- 2009-00029-00(0656-09), Actor: Carlos Arturo Arzuaga Guerrero, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁶ La Ley 4.ª de 1992 indicó en el artículo 2.º, dentro de los lineamientos que debe acatar el Gobierno en desarrollo de aquella, los siguientes: «[...] 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; [...]».

¹⁷ **ARTÍCULO 97. FALTA DE CONTESTACIÓN O CONTESTACIÓN DEFICIENTE DE LA DEMANDA.** La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

¹⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D. MP. Dr. Cerveleon Padilla Linares. Sentencia de 7 de febrero de 2019. Exp. 11001-33-35-028-2017-00207-01

RADICADO Nº: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

de los soldados profesionales, los soldados profesionales por cuanto no comparten con otros miembros del cuerpo militar, las mismas funciones que los rangos a los que pretende equipararse y tampoco comparten las mismas responsabilidades, por lo que el trato diferenciado se halla justificado, lo que impone entonces negar las pretensiones de la demanda en ese sentido.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, y ante la prosperidad parcial de los pedimentos demandatorios no se impondrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio 20183112443741 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 12 de diciembre de 2018**, proferido por la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional que proceda a reconocer y pagar a favor del actor, RAUL MAURICIO MORALES, la partida de **subsidio familiar**, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del 21 de octubre de 2008 cuando contrajo nupcias con la señora Sandra Patricia Cáceres Galvis y hasta la fecha, pudiendo descontar de este valor, las sumas que ya le fueran canceladas por este concepto.

TERCERO: CONDENAR a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** a pagar a favor del actor, las diferencias a que haya lugar, con ocasión de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000, desde el momento en que contrajo matrimonio, es decir, desde el 21 de octubre de 2008 y en adelante.

CUARTO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto. De igual manera, sobre las diferencias liquidadas deberán efectuarse los descuentos legales en materia de salud y pensión y demás que sean procedentes.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2018-00268-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAUL MAURICIO MORALES
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Sentencia Primera Instancia

QUINTO: NEGAR las pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento de la **Prima de Actividad**, en atención a lo expuesto en esta sentencia.

SEXTO: NO CONDENAR en costas a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, por las razones expuestas con antelación.

SÉPTIMO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones del caso y la comunicación de la presente a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
Jueza