

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional



## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante: **Carlos Andrés Ortiz Torres**  
Demandado: **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**

Vencido el término concedido a las partes para alegar de conclusión, encontrándose incorporadas las pruebas solicitadas por las partes y sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, se torna procedente que el Despacho<sup>1</sup>, de conformidad con lo normado en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profiera decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

### **Antecedentes.**

#### **La demanda:**

El señor Carlos **Andrés Ortiz Torres** actuando por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., promovió demanda contra **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

#### **Declaraciones y condenas:**

1. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo emitido como consecuencia del derecho de petición elevado ante el Ejército Nacional el día 14 de mayo de 2019 y de los actos administrativos Nro. 20193170979541:MDN COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 24 de mayo de 2019, expedido por el Ejército Nacional que negó el derecho solicitado por el demandante.

#### **Frente el reconocimiento del 20% del sueldo básico:**

2. Que se inaplique por inconstitucionalidad el artículo 1º, inciso 1º del Decreto 1794 del 14 de diciembre de 2000, que establece *“los soldados profesionales que se vinculen a las fuerzas militares devengaran (1) salario equivalente al salario legal vigente incrementado en un (40%) del mismo salario...”*
3. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional reliquidar retroactivamente el salario básico que devenga el soldado profesional Carlos Andrés Ortiz Torres, aumentado el mismo en un 20%, es decir su salario básico incrementado en un 60%, más la indexación e intereses que en derecho corresponda, desde el

---

<sup>1</sup> Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

30 de septiembre de 2006, fecha en la cual el soldado profesional Carlos Andrés Ortiz Torres ingreso a las Fuerzas Militares.

4. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional reliquidar retroactivamente los factores salariales adicionales de liquidación, así como las prestaciones sociales periódicas que devenga el soldado profesional Carlos Andrés Ortiz Torres, teniendo en cuenta el aumento del salario básico en un 20%, es decir, su salario básico debe ser reliquidado bajo la fórmula 1 s.m.l.m.v., incrementado en 60% y posteriormente reliquidar los factores salariales adicionales de liquidación y las prestaciones sociales periódicas, más la indexación e intereses que en derecho corresponda desde el 30 de septiembre de 2006, fecha en la que el Soldado Profesional Carlos Andrés Ortiz Torres ingreso a las Fuerzas Militares.

#### **Frente a la reliquidación del subsidio familiar.**

1. Que se inaplique por inconstitucional el artículo 1 del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014.
2. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional reliquidar retroactivamente el subsidio familiar devenga el soldado profesional Carlos Andrés Ortiz Torres, aplicando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, pagando las respectivas diferencias con respecto del subsidio familiar que en la actualidad devenga, más la indexación e intereses que en derecho corresponda desde el 30 de septiembre de 2006 fecha en la que soldado profesional Carlos Andrés Ortiz Torres ingresó a las Fuerzas Militares.

Que se ordene el cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 (renglón 4, fls. 4 y 5 expediente digital).

#### **Hechos**

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, narró los siguientes:

1. Que el señor Carlos Andrés Ortiz Torres en el año 2006, luego de finalizar el respectivo curso de formación, ingreso a las Fuerzas Militares en calidad de Soldado Profesional, momento para el cual y hasta la fecha ha percibido como salario básico 1 s.m.l.m.v. incrementado en 60%.
2. Que desde el año 2012 se encuentra casado con la señora Erica García Puyo y tiene 2 hijas Jayline Ortiz García y Dhania Ortiz García.
3. Que el día 14 de mayo de 2019 el apoderado judicial del señor Carlos Andrés Ortiz Torres, solicitó la reliquidación salarial ante la entidad demandada, teniendo en cuenta la diferencia existente entre lo que devenga actualmente con respecto de otros soldados profesionales que perciben a título de sueldo básico 1 s.m.l.m.v., incrementado en un 60% y el subsidio familiar, toda vez que debe aplicársele el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000.
4. Que mediante oficio Nro. 20193170979541:MDN COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 24 de mayo de 2019, la entidad negó lo solicitado, al considerar que el señor Carlos Andrés Ortiz Torres ingresó a las Fuerzas Militares en calidad de soldado profesional y no voluntario.

#### **Normas violadas y concepto de violación.**

Como normatividad transgredida el profesional en derecho cita los artículos 4, 13, 48, 53 y 93 de la Constitución Política; artículo 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; artículo 2 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo.

Expresó que la entidad demandada ha menoscabado las disposiciones que regulan lo relativo al régimen laboral del demandante, pues ha dejado de emplear la

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

normatividad aplicable al caso en concreto, en especial vulnera los derechos a la igualdad, trabajo igual salario igual y protección de salario al entablarse diferencias fácticas y jurídicas entre los soldados profesionales incorporados directamente de aquellos que en algún momento fueron voluntarios por su régimen de vinculación, cuando los mismos ostentan y ejecutan la misma función constitucional, legal y reglamentaria. Situaciones que al no ser amparadas por la Constitución Política deben ser inaplicadas.

#### **Trámite procesal.**

La demanda se presentó el 25 de octubre de 2020 (renglón 2 expediente digital), mediante auto de fecha 20 de noviembre de 2020 se admitió la misma, ordenándose la notificación a la entidad demandada Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (renglón 6 expediente digital).

Surtida en debida forma la notificación a las partes (renglón 7 a 9 expediente digital), de la constancia secretarial obrante a renglón 14 del plenario digital se evidencia que, dentro del término para contestar la demanda de la referencia, la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, contestó la misma.

#### **Contestación de las entidades demandas.**

##### **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.**

Oponiéndose a las pretensiones de la demanda, señalando que los hechos referenciados constituyen manifestaciones subjetivas a excepción del hecho referenciado en el numeral 1º, solicita se desestimen las pretensiones de la demanda y declare la legalidad de los actos de la administración castrense.

Como medios exceptivos, propuso las que denominó *excepción de legalidad de los actos administrativos demandados*, al gozar de presunción de legalidad, al expedirse conforme a las normas aplicables al señor Carlos Andrés Ortiz Torres, pues los soldados voluntarios a quienes les era aplicable la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991, estos no tenían la calidad de empleados o servidores y en esa medida solo recibirán una suma mensual a título de bonificación, más nunca se les reconoció un salario y por ello no tenían derecho a prestaciones sociales, más aún cuando el soldado voluntario correspondía a una modalidad del servicio militar, que no era obligatorio a la cual no es beneficiario el actor, como quiera que su ingreso a la institución castrense se llevó a cabo en el año 2004, en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y la jurisprudencia contenciosa vigente.

Finalmente, frente al subsidio familiar señala que no solo está supeditado al cambio de estado civil de un soldado profesional, sino que impone para este el deber de informarlo a la entidad, porque solo es a partir de allí que tendrá efectos de lo pretendido y para el caso en concreto, la fecha de radicación se encontraban vigente las previsiones del Decreto 1161 de 2014, por lo que el Decreto 1794 de 200 no se consolidó la situación jurídica a favor del actor, pues el señor **Carlos Andrés Ortiz Torres contrajo matrimonio en el año 2012.**

#### **Audiencia Inicial.**

Advertido que al momento de decretarse la suspensión de términos por parte del Consejo Superior de la Judicatura<sup>2</sup>, en razón a la contingencia generada por el COVID-19 y como quiera que, al momento de expedirse el Decreto Legislativo 806

---

<sup>2</sup> Mediante Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556 de 2020.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

de 2020<sup>3</sup>, el presente asunto se encontraba pendiente de fijar fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial que trata el artículo 180 del C. de P.A. y de lo C.A., al estarse surtiendo los términos de notificación de la demanda, teniendo en cuenta que el numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, en el presente asunto no se llevó a cabo audiencia inicial y mediante auto del 26 de mayo de 2021 (renglón 20 expediente digital) se fijó el litigio, se decretaron las pruebas aportadas por las partes, término dentro del cual las entidades guardaron silencio (renglón 24 expediente digital), corriéndose, en consecuencia, traslado para alegar de conclusión por escrito mediante auto de fecha 4 de junio de 2021, previa preclusión del término probatorio (renglón 26 expediente digital).

### **Alegatos de Conclusión.**

De conformidad con la constancia secretarial obrante a renglón 29 del expediente digital frente del plenario, se advierte que, dentro del término concedido **la parte demandante** se pronunció.

#### **Parte demandante.**

Ratificándose en las pretensiones de la demanda, la parte demandante señala que, en atención a la transición normativa de soldado “voluntario” a “profesional” su situación prestacional mejoró, no obstante, señala que se dio una reducción injustificada en el salario básico y que, mediante la Ley 131 del año 1985 se reconocía a título de sueldo básico (1) salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un (60%), y con la aplicación del decreto 1794 del año 2000, dicho tratamiento cambió, pagándose a título de sueldo básico (1) salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un (40%) (renglón 22 y 23 expediente digital).

#### **Parte demandada.**

Guardo silencio.

#### **Ministerio Público.**

No emitió concepto de fondo.

Surtido en debida forma el trámite procesal, procede el Juzgado a resolver el fondo del presente asunto y lo que en derecho corresponda, previas las siguientes:

### **Consideraciones**

#### **Competencia.**

Es competente este Despacho para abordar el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. de P.A. y de lo C.A., en concordancia con lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2° y 156 numeral 3° *ibidem*.

#### **Problema Jurídico.**

Corresponde al Despacho determinar, conforme se determinó en providencia del 26 de mayo de 2021 ¿si el acto administrativo demandado, oficio 20193170979541 del 24 de mayo de 2019 está ajustado o no a derecho, para lo cual debe analizarse si el señor **Carlos Andrés Ortiz Torres** tiene derecho a que se reajuste y reliquide su asignación básica, más las prestaciones sociales que correspondan? con:

---

<sup>3</sup> “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.”

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

- i) Inclusión del 20% sobre el salario básico, en aplicación del Decreto 1794 de 2000 artículo 1° inciso 2°, en tanto consideró inconstitucional el inciso 1° de la norma en comento.
- ii) La reliquidación de su partida de subsidio familiar, aplicando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000.

#### **Tesis parte demandante.**

Considera que debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados, en tanto estimó que el demandante **Carlos Andrés Ortiz Torres** tiene derecho al reajuste salarial del 20% deprecado, dando aplicación al principio de igualdad frente a los soldados voluntarios que hicieron tránsito a soldados profesionales y a los soldados profesionales por vinculación directa; lo anterior, como quiera que si bien existen similitudes y diferencias entre los requisitos de ingreso, funciones, régimen salarial y prestacional y retiro, las funciones que desempeñan tanto los soldados profesionales como los soldados voluntarios profesionalizados son exactamente iguales.

Señala que también debe anularse el acto administrativo enjuiciado, y en consecuencia reliquidar el subsidio familiar reconocido, como quiera que se está vulnerando el principio de proporcionalidad y razonabilidad, al considerar que al dejarse de reconocer de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 y expedirse en el 2014 el Decreto 1161, se da un trato diferente y desigual a los soldados profesionales que se acentúa con la aplicación del artículo 13 y 14 del Decreto 4433 de 2004, al reducirse el porcentaje reconocido por dicha prestación de un máximo de 62.5% a un 26% del sueldo básico, cuando el punto de inicio para la reforma del mencionado Decreto debió iniciar con el 62.5%.

#### **Tesis parte demandada.**

Estima que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, como quiera que la entidad no puede desconocer la normatividad aplicable al demandante **Carlos Andrés Ortiz**, quien ingresó a la Escuela de Soldados Profesionales el año 2006 en calidad de alumno y de donde posteriormente fue dado de alta como Soldado Profesional, ya en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 del año 2.000. En consecuencia, afirma que al no ingresar a la institución en calidad de soldado voluntario, el aquí accionante no tiene derecho al reajuste salarial del 20%, por lo que debe someterse en su integridad al régimen salarial y prestacional vigente al momento de su vinculación.

#### **Tesis del Despacho.**

Analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda, la contestación, los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso y atendiendo la normatividad aplicable al presente asunto, se avizora que el demandante en su calidad de soldado profesional, vinculado directamente en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 2.000, no tiene derecho a la reliquidación de su asignación salarial en los mismos términos de la asignación salarial que fue establecida para los soldados voluntarios que se vincularon a las Fuerzas Militares con anterioridad al 31 de diciembre del año 2.000 y que fueron profesionalizados, como quiera que la situación fáctica y jurídica entre uno y otro son distintas; aunado a que, si bien jurisprudencialmente se ha reconocido el 20% salarial a los soldados voluntarios hoy profesionales, el argumento se centra en la garantía y protección de los derechos adquiridos del personal objeto de dicha transición, en aplicación al principio de progresividad, lo que en todo caso no cubre a los soldados profesionales por vinculación directa.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Misma suerte correrá la pretensión formulada frente al subsidio familiar devengado por el actor, pues el régimen normativo y jurisprudencial en lo atinente al subsidio familiar de los soldados profesionales del Ejército Nacional establece las bases de su liquidación, y en consecuencia de ello, no puede acudirse a un régimen diferente como el establecido en el Decreto 1794 de 2000, para liquidar dicha prestación, pues se estaría vulnerando el principio de inescindibilidad normativa, aunado al hecho que la consolidación de su derecho se dio, tan solo hasta con la radicación de su solicitud de reconocimiento.

### **Marco Normativo.**

#### **De la nulidad y restablecimiento del derecho**

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que la parte demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto el señor **Carlos Andrés Ortiz** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho deprecia la nulidad del oficio Nro. 20193170979541:MDNCOGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 24 de mayo de 2019 que negó la reliquidación y reajuste del 20% del salario básico del demandante, conforme lo establecido en el artículo 4 de la Ley 131 de diciembre de 1985, y el inciso segundo del Decreto 1794 de 2000 y se inaplique por inconstitucional el artículo 1º del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de la aludida declaración de nulidad, pretende el restablecimiento de los derechos que estima conculcados por el proceder de la entidad accionada, para lo cual solicitó el reajuste y reliquidación de su asignación básica como soldado profesional con inclusión del 20% y el subsidio familiar.

Así las cosas, en sentir del Despacho en efecto, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y este Juzgado es competente para la presente demanda.

El Consejo de Estado<sup>4</sup> ha advertido al respecto:

*“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce<sup>5</sup>, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2000, Radicado 12244 – Contractual. Demandante: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: la Nación - Ministerio de Comunicaciones, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

<sup>5</sup> GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

*del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley<sup>6</sup>, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal<sup>7</sup>, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción<sup>8</sup>.*

*Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral<sup>9</sup>, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.*

*En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.*

#### **Marco Jurisprudencial.**

Sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16, fechada el 25 de agosto de 2016, radicado CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Tema: Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20%, reclamado por los soldados voluntarios y que se incorporaron como soldados profesionales, en aplicación del inciso 2 del artículo 1 del decreto reglamentario 1794 de 2000.

Sentencia que fue aclarada con auto de fecha 6 de octubre de 2016, en cuanto a los numerales 4 y 7 de la parte resolutive.

#### **Del régimen salarial y prestacional de los miembros del Ejército Nacional.**

---

<sup>6</sup> Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

<sup>7</sup> Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

<sup>8</sup> Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

<sup>9</sup> Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

### **De los soldados voluntarios.**

Sea lo primero precisar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Política de 1.991, la Fuerza Pública se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

El artículo 217 *ibidem*, establece que las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula el asunto en litigio, en tanto que el actor laboró en el Ejército Nacional, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

La **Ley 131 de 1985** “*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, dispuso:

“(…)

**Artículo 2.** *Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan (...).*

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

Se estableció entonces, mediante la citada ley, el servicio militar voluntario para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifestaran su intención de prestar el servicio militar voluntario y fueran aceptados para tal efecto, señalándose para estos una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

### **De los soldados profesionales.**

Con el propósito de profesionalizar a todos los soldados que agrupan las Fuerzas Militares del país, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1793 del año 2000**, “*mediante el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”, normativa que definió quienes eran soldados profesionales, estableciendo su sistema de incorporación, los requisitos para la incorporación e instituyendo además un régimen de transición, para aquellos soldados que fueron vinculados mediante la Ley 131 de 1985, con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, y que expresaran su intención de incorporarse como profesionales, a quienes se les aplicaría íntegramente lo dispuesto en dicho decreto, pero respetándoseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen.

Así, el artículo 1 de la norma en comento definió los soldados profesionales de la siguiente manera:

**Artículo 1. Soldados profesionales.** *Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas (...).*”

De igual manera, frente a la incorporación y requisitos para ostentar la calidad de soldado profesional el Decreto 1793 del año 2.000 señaló:

**Artículo 3. Incorporación.** *La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal*

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

*de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.*

(...)

**Artículo 4. Requisitos Para Incorporación.** *Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:*

*a) Ser colombiano.*

*b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.*

*c) Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho.*—(Declarado inexecutable mediante-Sentencia de la Corte Constitucional C-063 de 2018).

*d) Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.*

*e) Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.*

*f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.*

*g) Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.*

En cuanto a la selección de los soldados profesionales, pluricitado Decreto dispuso:

**“Artículo 5. Selección.** *Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*

*En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.*

**PARÁGRAFO.** *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.”*

(...)

**“Artículo 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.”*

(...)

**“Artículo 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.”*

Como se advierte, se difirió en cabeza del Gobierno Nacional la tarea de expedir el régimen salarial y prestacional del soldado profesional con base en lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos. De igual manera, se dispuso la aplicación del mismo tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con la Ley 131 de 1985 como a los nuevos soldados profesionales.

De igual manera se evidencia que a partir de la expedición del Decreto 1793 de 2.000 se creó el régimen de carrera para los denominados soldados profesionales, destacándose que son aquellos que: **i.** ingresan por primera vez a las Fuerzas

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Militares ostentando tal calidad a partir del 1 de enero de 2.001 y **ii.** los soldados voluntarios vinculados a la institución con anterioridad al 31 de diciembre de 2.000 bajo la Ley 131 de 1.985 y que hubieren manifestado la intención de incorporarse a dicho régimen de los soldados profesionales; lo que permite concluir que si bien la categoría de soldado profesional es una sola, en ella, se generan dos distinciones demarcadas en unos uniformados por la antigüedad –*soldados voluntarios*- y en otros militares por la novedad –*quienes ingresan a la carrera militar por vinculación directa sin ser soldados voluntarios*.

### **Del régimen salarial y prestacional aplicable a los soldados profesionales.**

En desarrollo del artículo 38 citado en el apartado anterior y de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1794 de 2000**, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de **soldados profesionales** de las Fuerzas Militares, norma que en su artículo 1º preceptuó sobre la asignación salarial mensual, lo siguiente:

*“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%)”.*

De lo anterior se concluye que a diferencia de lo dispuesto para los soldados profesionales que se vincularan a partir del 1º de enero de 2.001, los cuales devengarían un salario mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en el 40% del mismo salario, los soldados que fungían como voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, **por virtud de una transición legal** y la prerrogativa de incorporación en ella establecida, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

De suerte que, ante una petición de reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% dejada de pagar por la entidad castrense a quien demuestra que ingresó a las filas del Ejército Nacional en calidad de “soldado voluntario” antes del **30 de diciembre del año 2000** e incorporado como profesional con ocasión de la expedición del multicitado Decreto 1793 de 2.000, lo propio es su cancelación, en aras de no menoscabar su derecho adquirido y el principio de progresividad que rige en materia salarial y prestacional.

### **Reglas jurisprudenciales de unificación sobre el derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.**

El Consejo de Estado en sentencia proferida el pasado 25 de agosto de 2016<sup>10</sup> y con fundamento en el artículo 271 del C. de P.A. de lo C.A., asumió la competencia con la finalidad no solamente de proferir sentencia de segunda instancia para el caso concreto, sino esencialmente para emitir la respectiva sentencia de unificación jurisprudencial sobre el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20%, reclamado por los soldados voluntarios y que luego se incorporaron como

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, Radicado: CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015, Demandante: Benicio Antonio Cruz, Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

profesionales, fijando las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

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

**Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.**

**Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar 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.**

**Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 101 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.”** (Negrilla del Juzgado).

Ahora bien, la referida sentencia de unificación fue objeto de aclaración mediante proveído del 6 de octubre de 2.016 en el cual el H. Consejo de Estado resaltó:

“(…)

*En ese orden de ideas, tiene razón la parte accionada cuando asegura que en el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 Nro. 003/16 de 25 de agosto de 2016 existe una frase que ofrece duda, al señalar que los soldados voluntarios, en aplicación de la Ley 131 de 1985, fueron incorporados como profesionales, pues, la normativa que permitió dicha incorporación fue el Decreto Ley 1793 de 2000.*

*En ese sentido, se ordenará su aclaración en los siguientes términos:*

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

(…)

*Por ello, en la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016 se señaló, que para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales «... se constituyó una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.”<sup>11</sup>.*

A su vez, resulta pertinente destacar que la providencia aclaratoria previamente

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto aclaratorio del 6 de octubre de 2.016, Expediente CE-SUJ2 850013333002201300060 01 todo radicado lleva 23 dígitos, la forma correcta de escribirlos es así: 85001-33-33-002-2013-00060-01, C.P: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

citada estableció que no es procedente efectuar un test de igualdad entre los beneficios conferidos a los soldados voluntarios hoy soldados profesionales, con las prerrogativas establecidas a los soldados profesionales que iniciaron su carrera bajo tal condición, con base en los siguientes argumentos:

*“Por tal razón, no tenía la Sala que pronunciarse sobre el argumento relativo a la vulneración del derecho a la igualdad, como se exige en el escrito contentivo de la solicitud de aclaración, corrección y adición de la sentencia de unificación, en la medida que dicho aspecto no fue alegado en el recurso de apelación que dio origen a la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016 y, en consecuencia no fue objeto del proceso.*

*Precisa la Sala, que la lectura integral de la sentencia de unificación evidencia que en ella fueron tenidos en cuenta, evaluados y despachados los argumentos del recurso de apelación en su totalidad, pues, además de precisarse en su literalidad los contenidos normativos de la Ley 131 de 1985 y de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, que permiten concluir que los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales tienen derecho a una asignación básica equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%; en la providencia también se realizó un estudio de las normas mencionadas a la luz del principio laboral de la inescindibilidad invocado por la parte accionada, en virtud del cual se verificó que dicho postulado no se trasgrede, puesto que ese monto se encuentra establecido expresamente en el Decreto 1794 de 2000.*

*Ahora bien, pese a que esta Sala no se encuentra obligada a pronunciarse sobre la supuesta vulneración al derecho a la igualdad de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez, en atención a la importancia que la Ley 1437 de 2011 le atribuye a las sentencias unificadoras **no está demás señalar, que en todo caso, dicho postulado superior consagrado en el artículo 13 de la Constitución, no es trasgredido por la tesis jurisprudencial adoptada en la sentencia de unificación, puesto que no es posible realizar un juicio o test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por vez primera, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no hubiera tenido vocación de prosperidad.** (...)” (Resalta este Despacho).*

#### **Del Subsidio Familiar – régimen jurídico de los Soldados Profesionales.**

La Ley 2ª de 1945, “Por la cual se reorganiza la carrera de Oficiales del Ejército, se señalan las prestaciones sociales para los empleados civiles del ramo de Guerra y se dictan otras disposiciones sobre prestaciones sociales a los individuos de tropa”, contempló en su artículo 73 la “Prima de Alojamiento Mensual”, para los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, casados o viudos, con hijos, que se liquidaba en todo tiempo sobre los sueldos de actividad; posteriormente, mediante el Decreto 3220 de 1953, “Por el cual se reorganiza la carrera de los Oficiales de las Fuerzas Militares”, en su artículo 66, estableció a favor de los oficiales de las Fuerzas Militares, en servicio activo, casados o viudos, con hijos legítimos, una “prima mensual de alojamiento”; debiendo acreditar el interesado, que sostenía su hogar o que sus hijos le dependían económicamente para su sostenimiento y educación. La prima en mención, de acuerdo con el artículo 122, se hizo extensiva a los oficiales retirados en goce de la asignación de retiro, previo cumplimiento del requisito exigido a los oficiales en servicio activo.

Seguidamente, el Decreto 501 de 1955, “Por medio del cual se reorganiza la carrera profesional de Suboficiales de las Fuerzas Militares y Marinería de la Armada Nacional”, contempló en sus artículos 65 y 103, “la prima de alojamiento”, para dicho personal, que se encontrara en servicio activo o en goce de la asignación de retiro, casado o viudo, con hijos legítimos y demostrara dependencia económica, y el Decreto Ley 325 de 1959, “Por el cual se fijan asignaciones a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo”, en su artículo 3º, estableció que el personal de oficiales y

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, casados o viudos, con hijos legítimos, tenían derecho al “*Subsidio Familiar*”, liquidable mensualmente sobre el sueldo básico en un 30% por su estado civil, sea casado o viudo, en un 5% por el primer hijo y en un 4% por cada uno de los demás hijos, siendo requisito indispensable que el interesado comprobara que sostenía su hogar o que sus hijos le dependían económicamente, señalándose además en el artículo 5° del mismo decreto que la prima de alojamiento para el personal militar en goce de asignación de retiro, se denominaría en lo sucesivo “*Subsidio Familiar*” y se continuaría liquidando en la forma establecida en los artículos 122 del Decreto 3220 de 1953 y 103 del Decreto 501 de 1955.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982<sup>12</sup>, 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.”*

*“ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso”.*

De manera 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.

En este sentido, debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar ha considerado la Corte Constitucional, quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio.

Sobre el tema, dijo el Tribunal Constitucional que<sup>13</sup>:

*“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°; 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. - (Resalta la Sala). "ARTICULO 26 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 j' con el fin de proteger la familia. En este sentido debe tenerse en cuenta lo que 'sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso; la de función y publica desde la óptica de la prestación del servicio. Al efecto, (...) Es' claro. 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 subsidio familiar puede otorgarse en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo, por la cual el beneficiario tiene*

<sup>12</sup> “Por la cual se modifica el régimen de subsidio familiar y se dictan otras disposiciones”

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 3 de diciembre de 2019, Radicado Nro. 08001-23-31-000-2005-01032-01(0468-09), C.P: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

*derecho la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás. Frutos o géneros diferentes -al dinero que determine la Ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan, las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de Prioridades contemplado en la Ley."*

*"Del análisis de la legislación vigente sobre la materia, esta Corporación ha destacado CO)110 características fundamentales del subsidio familiar las siguientes: (i) Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo - como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario. (h) Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero b mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente. (iii) Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato da la ley. (iv. Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia y puede ser considerado una concretización del mandato Contenido en el artículo 42 constitucional, a cuyo tenor "el Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia". (v) Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política Social y laboral del Gobierno, pues es un instrumento para alcanzar la universalidad de la seguridad social, de conformidad con lo señalado en el artículo 48 constitucional. (vi) Se provee a partir .de los recursos aportados por los empleadó res a las cajas de compensación familiar. (vii) Es recaudado, distribuido y pagado por las cajas de compensación familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar."*

De lo anterior se concluye entonces que el subsidio familiar es una prestación social que tiene por finalidad 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 y que puede ser otorgado en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo por la cual el beneficiario tiene derecho a la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades contemplado en la ley.

Por su parte, el Decreto 1794 del 2000 estableció el subsidio familiar a favor de los soldados profesionales de la siguiente forma:

*"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."*

Dicha norma fue derogada por el Decreto 3770 del 2009, a cuyo tenor se dispuso:

*"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*

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

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."

De manera que los soldados profesionales continuarían devengando el subsidio familiar durante el servicio activo, siempre y cuando estuvieran percibiéndolo antes de la entrada en vigencia del Decreto 3770 del 2009, es decir, antes del 25 de septiembre de ese año.

Se destaca que el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto 3770 de 2009, con efectos *ex tunc*, es decir retroactivos, como si nunca hubiere existido en el ordenamiento jurídico ese acto administrativo, de modo que, ha de entenderse que el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 continuó vigente.

Posteriormente, el Decreto 1161 del 2014 señaló:

*"ARTÍCULO 1°. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. **Créase, a partir del 1° de julio del 2014**, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, **que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar** que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:*

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

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

*c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo.*

*En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.*

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**

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**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.**  
(Resalto por fuera de texto)

### **De la Anulación del Decreto 3770 de 2009 – efectos de la declaratoria de Nulidad.**

El acto administrativo que derogo el aludido subsidio para los soldados profesionales en actividad, fue demandado ante el H. Consejo de Estado, Corporación que mediante decisión del 8 de junio del 2017<sup>14</sup>, declaró la nulidad de del Decreto 3770 del 2009, al considerar que:

*“Para la Sala es claro que los soldados profesionales tuvieron reconocido el derecho objetivo al subsidio familiar por razón o con ocasión de la previsión contenida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y que contrario a lo dicho por las entidades demandadas en sus escritos de defensa, este derecho fue revertido, eliminado y suprimido por virtud de lo normado en el artículo 1 del Decreto 3770 de 2009, acto posterior que al derogar la disposición que lo reconocía cesó por completo su vigencia al expulsarla del ordenamiento jurídico.*

*Salta a la vista entonces que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009, en la medida en que desalojan del universo jurídico el derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales, constituyen per se un retroceso. Se trata de normas regresivas que afectan el derecho al trabajo y a la seguridad social de estos integrantes de las fuerzas militares, y por tanto, deben ser consideradas como inconstitucionales prima facie.*  
(...)

*Resulta entonces paradójico y contrario a los principios y fines esenciales del Estado que los destinatarios de un régimen especial estatuido para que sus beneficiarios alcancen la igualdad material y sean compensados por exponer su vida e integridad personal a partir del riesgo al que están sometidos en el desempeño de sus funciones, no sean sujetos activos del reconocimiento del derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar, la que además persigue el propósito de contribuir en el alivio de las necesidades básicas de los sectores más pobres de la población, dentro de los cuales se hallan, generalmente, los soldados profesionales.*

*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*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, MP: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del 8 de junio de 2017, Radicado Nro. 11001-03-25-000-2010-00065-00, Número interno: 0686-2010, Actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales “SEDESOL”, Demandado: Gobierno Nacional, Asunto: Competencia para su expedición y efectos de la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la creación de la prestación de subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales, Acción: Simple nulidad – Decreto 01 de 1984.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

*del lapso en el que el artículo 11 ibidem se mantuvo vigente, por encontrarse incursos en una expectativa legítima; y (ii) en relación con los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a la prestación del subsidio familiar, frente a los soldados profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo, como respecto de los suboficiales y oficiales a quienes se les reconoce dicho derecho objetivo. (...)*

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

*En 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.*

*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, 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.*

*Además del análisis efectuado fundado en el juicio de razonabilidad de la medida regresiva cuestionada, esta Subsección considera que con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogándose a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, in dubio pro justitia socialis, e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.”*

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Dicha decisión, fue proferida con efectos “*ex tunc*”, como expresamente lo señaló la citada sentencia, debiendo advertir además que esta decisión fue objeto de solicitud de aclaración y/o adición por parte de la parte demandada; la que fue desatada mediante providencia de 8 de septiembre de 2017, en la que se indicó:

*“De otro lado, es importante precisar que el petitum central de las solicitudes de aclaración de la providencia citada, tiene génesis en los efectos de nulidad que esta acarrea, insistiendo, la parte demandante, en que esta subsección defina el sentido de haberle dado a su fallo el carácter de ex tunc.*

*Precisamente para evitar una controversia en este sentido, que dificultara al interprete desentrañar el alcance del fallo producido el 8 de junio de 2017 por esta Subsección, fue que se incluyó en la parte resolutoria de la providencia, de manera explícita y precisa, que la nulidad declarada produciría efectos ex tunc. Pretender ahora que se aclare lo que está claro, es decir, que se explique el alcance de una Sentencia que declara la nulidad con efectos ex tunc, no solamente nos pondría en los terrenos de perogrullo, sino que conllevaría a un despropósito sin igual, pues sería tanto como que se solicitara aclarar el significado de un habeas corpus o de la aplicación del principio de supremacía de la Constitución.*

*Por tanto, en la medida en que dichas solicitudes no se encaminan a buscar desentrañar conceptos o frases que ofrezcan verdaderos motivos de duda o pasajes oscuros relevantes o esenciales para la determinación y alcance de los mandatos dispuestos en la parte resolutoria de la providencia, sino a pretender que se cambien los efectos de la nulidad declarada so pretexto de no comprender la aplicación práctica de los mismos, éstas serán ineludiblemente desestimadas.*

*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<sup>15</sup>.*

*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 tome**<sup>16</sup>. 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 inmediata<sup>17</sup>.*

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección segunda, Subsección “A”, M.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia del 23 de junio de 2016, Expediente: 41001-23-33-000-2012-00238-01(0798-14).

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 24 de marzo de 2000, Radicado Nro. 9551, Expediente Nro. 4614 del 21 de enero de 1994.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 13 de junio de 2013, M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ (E), radicado Nro. 25000232700020080012501(18828).

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**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<sup>18</sup>.”**

Y continua la providencia en cita:

*“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. (...)”*

**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”<sup>19</sup>.*

*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.” (Resalto por fuera de texto)*

Decisiones que igualmente vale la pena indicar, fueron objeto de impugnación por vía de tutela, siendo negados dichos argumentos en sentencias del 17 de mayo de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y del 5 de junio de 2018, emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en primera y segunda instancia respectivamente.

De las anteriores proposiciones normativas y jurisprudenciales se dedujo lo siguiente: (i) Mediante el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se estableció el

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, Sentencia del 19 de abril de 1991, Radicado Nro. 3151, Sentencia del 23 de marzo de 2001, Radicado Nro. 11598.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de enero de 2015, Radicado 11001-03-06-000-2015-00002-00(2243), M.P. ÁLVARO NAMEN VARGAS.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

subsidio familiar para los soldados profesionales; ii) el Decreto 3770 de 2009 derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, conservando la prerrogativa allí contenida para quienes la venían percibiendo; iii) el Decreto 1161 de 2014 creó el subsidio familiar a partir del 1 de julio de 2014 para quienes no eran beneficiarios del Decreto 1794 de 2000 y iv) el Consejo de Estado, mediante sentencia del 8 de junio de 2017 declaró la nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 2009.

### **Del Derecho a la Igualdad en material salarial y laboral.**

Finalmente, partiendo del marco circunstancial que rodea el *sub judice*, es preciso traer al presente caso, el pronunciamiento jurisprudencial del Consejo de Estado, que en sede de segunda instancia, desarrolló el principio Constitucional aludido – señalando:

*“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 [...]»<sup>20</sup> (Subrayas de la Sala).*

*La Sección Segunda por su parte ha señalado en casos similares al aquí tratado lo siguiente<sup>21</sup>:*

*«[...] 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*

<sup>20</sup> 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[...]

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 13 de febrero de 2014, Radicado 05001-23-31-000-2006-02895-01(0042-12), Actor: Efraín Alberto Cruz Cena, Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Reiterado en sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 21 de febrero de 2013, Radicado 05001233100020030358801, Nro. Interno: 2343-2012.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

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.”<sup>22</sup>

### Hechos probados.

- El señor Soldado Profesional **Carlos Andrés Ortiz** ingresó al Ejército Nacional prestando el servicio militar desde el 24 de agosto de 2004 al 18 de febrero de 2005; como alumno soldado profesional desde el 3 de agosto de 2006 al 29 de septiembre de 2006; y finalmente, se desempeñó como soldado profesional desde el 30 de septiembre de 2005 al 22 de agosto de 2020, prestando sus servicios al Ejército Nacional durante 15 años, 6 meses y 12 días (fl. 56 carpeta expediente digital).
- Por petición del 14 de mayo de 2018, el demandante solicitó a la entidad demandada que en la liquidación de su asignación básica se tomara como base de liquidación el salario mínimo, incrementado en un 60% sobre el mismo, así como la reliquidación del subsidio familiar y de las demás prestaciones sociales, conforme al aludido porcentaje (fls. 49 a 54 expediente digital).
- Mediante oficio Nro. 20193170979541:MDNCOGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 24 de mayo de 2019, la Sección Nómina del Ejército Nacional denegó el reajuste del 20% y subsidio familiar solicitado por el señor Carlos Andrés Ortiz, así como las demás prestaciones sociales (fl. 55 expediente digital).
- Que el en los términos del acto administrativo – Orden Administrativa de personal Nro. 2442, con efectos fiscales a partir del 1 de agosto de 2014 y 1966 con efectos fiscales a partir del 2 de julio de 2018 le fueron reconocidas la partida de subsidio familiar a su cónyuge Yudi Érica García Puyo, en porcentaje del 20% y sus hijas: Dhanna Alexandra Ortiz García en porcentaje 3% y Jayline Mariana Ortiz García en porcentaje 2%, reconocido por el Ejército Nacional (fls. 57 a 63 expediente digital).

### Caso concreto.

Resulta indiscutible que lo que procura el demandante, en su calidad de soldado profesional, no es otra cosa que la aplicación del derecho a la igualdad frente al inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2.000, para así lograr el reconocimiento y pago del reajuste salarial y prestacional equivalente al 20% (**asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%**) como quiera que estimó inconstitucional el inciso 1º de la norma en comento, pretensión que de conformidad con el marco normativo fijado líneas atrás, y atendiendo

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P.: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Radicado 05001-23-33-000-2014-00351-01(4327-16).

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

especialmente la regla jurisprudencial contenida en sentencia de unificación del Consejo de Estado, no resulta procedente por las siguientes razones:

Así las cosas, está acreditado en el proceso que el señor Soldado Profesional **Carlos Andrés Ortiz** ingresó al Ejército Nacional prestando el servicio militar desde el 24 de agosto de 2004 al 18 de febrero de 2006; como alumno soldado profesional desde el 1 de agosto de 2006 al 29 de septiembre de 2006; y finalmente, se desempeñó como soldado profesional desde el **30 de septiembre de 2006** al 22 de agosto de 2020, prestando sus servicios al Ejército Nacional durante 15 años, 6 meses y 12 días (fl. 56 carpeta expediente digital).

De igual manera, se encuentra acreditado que por petición del 14 de mayo de 2.018, el señor **Carlos Andrés Ortiz** solicitó a la entidad demandada que en la liquidación de su asignación básica se tomara como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% sobre el mismo, así como la reliquidación del subsidio familiar y demás prestaciones sociales conforme al aludido porcentaje (fls. 49 a 54 expediente digital).

No obstante, mediante oficio Nro. oficio Nro. 20193170979541: 20193170979541:MDNCOGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 24 de mayo de 2019, la Sección Nómina del Ejército Nacional denegó el reajuste del 20%, así como el subsidio familiar y demás prestaciones sociales solicitadas por el señor **Carlos Andrés Ortiz**, bajo el argumento que el demandante no fue incorporado a la institución demandada como soldado voluntario y que fue dado de alta como soldado profesional a través de orden administrativa de personal Nro. 1249 del 5 de octubre de 2006, por lo que la entidad no estimó procedente dar aplicación al inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2.000 (fl. 55 expediente digital).

En consecuencia, atendiendo los hechos probados, se evidencia que el demandante ingresó a las Fuerzas Militares a prestar el servicio militar obligatorio el 24 de agosto de 2004 que terminó el día 18 de febrero de 2006, para lo cual, previa formación iniciada el 3 de agosto de 2006, ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional el día 30 de septiembre de 2006, por lo que se puede concluir que la vinculación del señor **Carlos Andrés Ortiz** se efectuó en los términos de los Decretos 1793 de 2.000 y 1794 de 2.000, cuya vigencia inició el 1 de enero del año 2.001, de lo que se sigue la inexistencia en la posibilidad de beneficiarse de disposiciones salariales y prestacionales anteriores al inicio de su carrera militar.

Así, en el presente asunto se pretende bajo el argumento del derecho a la igualdad, la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2.000 a favor del soldado profesional **Carlos Andrés Ortiz**, norma aplicable como se vio en el acápite normativo y jurisprudencial de esta decisión, únicamente para los soldados voluntarios hoy soldados profesionales, lo cual no es de recibo, como quiera que dicha normativa buscó la preservación de un derecho adquirido y consagrado en una ley derogada tácitamente, esto es la Ley 131 de 1.985, para ser incorporada a un nuevo reglamento, los Decretos 1793 y 1794 de 2.000, máxime que dicha garantía se encuentra respaldada por el principio de progresividad contenido en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2.000.

Ha de agregarse a lo anterior que, conforme lo señalado en los artículos 122 y siguientes de la Constitución Política de 1.991, el ingreso y vinculación a la administración pública es de carácter legal y reglamentario, lo que conlleva a que los requisitos de ingreso, condiciones laborales y obligaciones propias del empleo público son conocidos previamente por el aspirante, ello con la finalidad de aceptar libremente el cargo con los derechos, responsabilidades y beneficios que persigue;

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

lo cual no es ajeno a las Fuerzas Militares, máxime que dicha institución cuenta con un régimen especial atendiendo el riesgo, obligaciones y responsabilidades que les asiste en desarrollo de sus funciones militares.

De igual manera, llama la atención del Juzgado que el accionante pretende beneficiarse de un derecho consolidado **únicamente para los soldados voluntarios** que se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares con anterioridad a la expedición de la reglamentación que creó la categoría que hoy ostenta, desconociendo que sus beneficios prestacionales y salariales no son otros que los contenidos en el Decreto 1.794 de 2.000, que expresamente dispone que la asignación salarial mensual de los soldados profesionales corresponde al equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, aumentado en un cuarenta por ciento (40%) y la prima de antigüedad.

Ahora bien, debe decirse que en el presente asunto no hay lugar a efectuar al denominado test de igualdad, toda vez que, conforme lo señaló el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, aclarada mediante providencia del 6 de octubre de 2016, este test se realiza únicamente entre iguales y como se ha referido previamente, los soldados voluntarios y los soldados profesionales no revisten el mismo tratamiento, particularmente frente a su forma, momento y requisitos de incorporación a las Fuerzas Militares, aunado a que, la relación jurídica con el Ejército Nacional se llevó a cabo en diferentes épocas y con ocasión a disposiciones legales totalmente diferentes.

A su vez, como es sabido, los soldados voluntarios no contaban con un régimen salarial y prestacional establecido, lo que conllevó a que el Gobierno Nacional en vigencia de la Ley 4ª de 1.992, profiriera tal prerrogativa, por lo cual debe decirse que el H. Consejo de Estado en reciente pronunciamiento decantó:

*“Con respecto al trato desigual que alega el accionante el Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto diciendo que no se puede hablar de un trato desigual puesto que esta situación está sujeta a un principio formal de la libertad de configuración del legislador en este caso el ejecutivo, quien tiene la potestad de regular la materia, por lo tanto, no se puede hablar de que existe una violación al derecho de igualdad.*

*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 proscrib 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.”<sup>23</sup> (Resalta el Juzgado).*

Bajo la anterior orientación es dable concluir que la asignación salarial mensual a que tienen derecho los soldados profesionales vinculados inicialmente como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2.000, es la contemplada en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2.000, esto es, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, mientras que para los soldados profesionales vinculados a partir del 1 de enero de 2.001, la asignación salarial es la establecida en el inciso primero del artículo 1 *ibidem* equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, situación que impide al Despacho apartarse de la normatividad y la jurisprudencia aplicable al presente asunto, pues como se acreditó, el señor **Carlos Andrés Ortiz desde su**

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 23 de julio del 2020, Expediente 11001-03-15-000-2020-00938-00(AC), Accionante: Segundo Julio Cuadrado, Accionado: Tribunal Administrativo de Bolívar, C.P.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**vinculación ostentó la categoría de soldado profesional**, razón por la que no se encuentra en condiciones similares a los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales y sobre los cuales si se predicaban unos derechos adquiridos, de los cuales el aquí accionante no es acreedor, motivo por el cual se torna forzoso denegar las pretensiones de la demanda frente a este cargo.

Ahora bien, frente a la prestación subsidio familiar, señala el señor **Carlos Andrés Ortiz** estar casado con la señora Yud Érica García Puyo desde el 2012, vinculo del cual procrearon dos hijas: Jayline Mariana y Dhanía Alexandra Ortiz García, haciéndose acreedor por concepto de subsidio familiar equivalente al 25% del salario básico, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1161 de 2014.

Señala que dicho reconocimiento, trasgrede el principio de progresividad y prohibición de retroceso, toda vez que, hubo reducción en cuanto al porcentaje pagado por esta prestación social, pues no existió subsanación del defecto por parte del Decreto 1161 de 2014, ya que la base o punto de partida para reconocerse y modificar el subsidio familiar era en un máximo de 62.5% del sueldo básico (Decreto 3770 de 2009) para los casados o con compañera permanente y no de 26% (Decreto 1161 de 2014), pues si bien es cierto en dicho estatuto se adicionaron los hijos en el subsidio familiar, esto no compensa la pérdida de porcentaje de la prestación social, configurándose, en voces del demandante, una ostensible regresividad, que conlleva a una presunción de inconstitucionalidad de la norma.

Frente al desarrollo legal y jurisprudencial de la prestación Subsidio Familiar a Soldados Profesionales, advierte el Despacho que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 concedía un subsidio familiar para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares que contaran con matrimonio o unión marital de hecho vigente; el monto de tal reconocimiento correspondía a un 4 % del salario básico más el 100 % de la prima de antigüedad; para ser acreedor de tal asignación, el Decreto 1794 del 2000 le imponía al interesado el deber de reportar el cambio de estado civil al comando de la Fuerza a la que perteneciera.

No obstante, como se mencionó, el citado subsidio fue derogado por medio del Decreto 3770 del 2009, razón por la que la situación fue sometida a control de legalidad ante el Consejo de Estado a través de la acción de simple nulidad, (consagrada en el artículo 84 del entonces C.C.A.) con radicado 11001-03-25-000-2010-00065-00.

El anterior proceso fue decidido a través de sentencia de única instancia del 8 de junio de 2017, donde se declaró, con efectos *ex tunc*, la nulidad del Decreto 3770 de 2009, por considerar, entre otras, que trasgredía el principio de progresividad, dada la desmejora salarial y prestacional al personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

Frente a la anterior decisión, el Departamento de la Función Pública y los Ministerios de Defensa y Hacienda y Crédito Público presentaron solicitudes de aclaración respecto de los efectos de la sentencia, por lo que la autoridad de lo Contencioso Administrativo profirió auto del 8 de septiembre de 2017, en el que indicó que la «nulidad de un acto administrativo retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado», lo que implica la reviviscencia del acto anterior.

Partiendo de lo anterior, y conforme se aprecia del cartulario, el demandante ya cuenta con el reconocimiento prestacional del subsidio familiar en la partida correspondiente por su cónyuge Yudi Érica García Puyo en porcentaje del 20% y sus

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

dos hijas: Dhanna Alexandra Ortiz García en porcentaje 3% y Jayline Mariana Ortiz García en porcentaje 2% por el Ejército Nacional (fls. 57 a 63 expediente digital).

Así las cosas, teniendo en cuenta los efectos de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, en los precisos términos de la sentencia de 8 de junio de 2017 y del auto de 8 de septiembre de la misma anualidad emitido en dicha causa judicial, es claro que, frente a la situación jurídica del actor: **1.** Al anularse el Decreto 3770/2009, que derogaba la norma anterior, tal derogatoria pierde validez, y por ende “revive”, vigencia la disposición contenida en el art. 11 del Decreto 1790 de 2000; **2.** Que según consta, para el 1 de agosto de 2014, se había conformado un vínculo conyugal<sup>24</sup>, y **3.** Que ante tal situación el demandante, reclamó el reconocimiento de su derecho, el cual fue denegado mediante el acto administrativo acusado, y por lo que opta por acudir a la vía jurisdiccional a dirimir el conflicto suscitado, ante lo que puede establecerse que tal situación se reputa consolidada al tiempo de proferimiento de la decisión que anuló el Decreto 3770/2009, y en consecuencia, no resulta válido afirmar que se encuentra cobijado por los efectos jurídicos de la pluricitada declaratoria de nulidad.

Lo anterior, como quiera que la redacción del artículo 1º del Decreto 1161 de 2014 no ofrece dudas en que, el subsidio familiar creado en dicho estatuto es solo para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que no perciben el subsidio familiar de que trata el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en otras palabras, conforme lo analizado en el acápite normativo y jurisprudencial de esta providencia, los soldados profesionales o infantes de marina profesionales que devengan el subsidio familiar conforme al Decreto 1794 de 2000, no tienen derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar creado en el Decreto 1161 de 2014.

Pareciera que la norma establece un trato discriminatorio en detrimento de los derechos de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que devengan el subsidio familiar de que trata el Decreto 1794 de 2000, puesto que solo permite incluir el 62.5% de ese factor en la liquidación de la asignación básica, mientras que a quienes devengan el subsidio familiar consagrado en el Decreto 1161 de 2014, se les computa el 26% del subsidio familiar devengado en servicio activo.

Pero lo cierto es que, conforme al Decreto 1794 de 2000, el monto del subsidio familiar corresponde a la suma del 4% de la asignación básica mensual (1 s.m.l.m.v. incrementado en un 60%, solo si se trata de un soldado voluntario que fue incorporado como soldado profesional) y el 100% de la prima de antigüedad, último factor que llega al 58.5% de la asignación básica mensual según lo establece el artículo 2º del Decreto 1794 de 2000<sup>25</sup>. Es decir que en vigencia del Decreto 1794 de 2000, el subsidio familiar de un soldado profesional casado o con unión marital de hecho vigente, equivale al 62.5% de la asignación básica mensual (4%+58.5%=62.5%).

En cambio, el subsidio familiar de que trata el Decreto 1161 de 2014, equivale al 20% de la asignación básica mensual (1 s.m.l.m.v. incrementado en un 60%, si es un soldado voluntario incorporado como soldado profesional) por la cónyuge o

---

<sup>24</sup> Certificación laboral allegada por la parte actora en la que se advierte que mediante disposiciones Orden Administrativa de personal No. 2442 con efectos fiscales a partir del 1 de agosto de 2014 y 1966 con efectos fiscales a partir del 2 de julio de 2018 le fue reconocidas la partida de subsidio familiar a los miembros de la familia. Hecho que no fue puesto en discusión sobre sus fechas, ni las partes tacharon de falso la misma.

<sup>25</sup> 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%).

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

compañera permanente, más el 3% por el primer hijo, el 2% por el segundo y el 1% por el tercero. Esta norma establece que el subsidio familiar en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica mensual.

Entonces, el Decreto 1794 de 2000 al establecer que en la asignación básica de los soldados profesionales o infantes de marina profesional se incluye hasta el 62.5% del valor del subsidio familiar que devengaban en servicio activo, no consagra un trato discriminatorio o lesivo para ellos, frente a los soldados o infantes profesionales regidos por el Decreto 1161 de 2014, ora porque, *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, ora porque*, lo determinante al asunto es que radicó en debida forma los documentos para acreditar su derecho al subsidio familiar en vigencia del Decreto 1161 de 2014, razón por la cual, al demandante le asiste derecho a percibir el subsidio familiar en los términos y porcentajes establecidos en la norma en mención, toda vez que fue en vigencia de ésta última normatividad que se reportó su cambio de estado civil para efectos del reconocimiento de la plurimencionada prestación social.

De aceptarse en gracia de discusión que eventualmente podría ser beneficiario del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no debe perderse de vista que dicha norma establece para el soldado profesional la carga de reportar su cambio de estado civil, de tal suerte que solo a partir del momento en que reporta y acredita tal condición para acceder a dicha prestación social, puede hacerse exigible su derecho y dado que en el plenario no obra prueba siquiera sumaria que el demandante haya acreditado su unión marital de hecho – por ser el primer vínculo filial generador de la prestación - y haya solicitado el reconocimiento del subsidio familiar en vigencia de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y antes de la promulgación del Decreto 1161 de 2014, el Despacho considera que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, motivo por el cual, se negaran.

Al tenor, en iguales términos frente a un caso similar al aquí analizado, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 13 de octubre de 2020<sup>26</sup>, estableció:

*“Se observa que si bien el accionante manifiesta que no le había sido posible solicitar la aplicación del Decreto 1794 del 2000 porque la norma no se encontraba vigente, la autoridad judicial accionada partió de esta discusión para aplicar una u otra disposición y, de manera suficiente y adecuada, concluyó que la norma que el accionante pretendía le fuera aplicada había sido derogada para la fecha en que contrajo nupcias (30 de diciembre de 2009); también encontró que, aun cuando hubiera sido declarada nula, la administración conoció de su reporte con fundamento en el Decreto 1161 y reconoció el derecho con fundamento en los presupuestos establecidos en ella, de ahí que no anulara el acto demandado que le otorgó el subsidio.*

*Para la Sala, la autoridad judicial accionada no incurrió en el referido defecto. Por el contrario, el análisis realizado fue adecuado pues no había lugar a determinar si resultaba aplicable una norma u otra, como quiera que el accionante solicitó su derecho en vigencia del Decreto 1161 del 2014 y el derecho le fue reconocido con*

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, sentencia del 13 de octubre de 2020, Referencia: Acción de tutela Radicado Nro. 11001-03-15-000-2020-03464-01 Actor: Nelson Yesid Gamboa Acosta Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “A”, Tema: Tutela contra providencia judicial / Se confirma la sentencia de primera instancia que negó la solicitud de amparo al no encontrar configurado el defecto sustantivo alegado.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

*fundamento en dicha norma. Si bien esta Corporación declaró la nulidad del decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, quedando nuevamente vigente el Decreto 1794 de 2000, lo cierto es que el accionante no informó del cambio de su estado civil hasta el 2014, motivo por el cual no resultaría viable que le fuere reconocido tal emolumento desde el momento en que contrajo nupcias sino a partir del momento en que hizo la solicitud, esto es, en vigencia del decreto 1161 de 2014.*

17.- Para la Sala la interpretación anterior resulta plausible y acorde con lo dispuesto en las normas señaladas. (...) **Como el accionante la presentó en el 2014, la norma aplicable era el decreto 1161 de 2014 y no el decreto 1794 de 2000, así hubiese recobrado vigencia.**

El Despacho insiste de manera enfática en aplicación del artículo 167 del Código General del Proceso, “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)*”, esto quiere decir si el demandante pretendía el reconocimiento de las prestaciones económicas en los porcentajes aducidos debía probar los elementos que acreditan tal vínculo, teniendo, en consecuencia, la carga procesal de acreditarlo, pero ello no sucedió y en razón de ello, el Despacho debe denegarlos.

En consecuencia, al no desvirtuarse la presunción de legalidad del acto administrativo acusado por medio del cual se reconoció la prestación solicitada por el demandante, en tanto se acreditó con la documental atrás referida, que el señor **Carlos Andrés Ortiz Torres**, cuenta con vínculo conyugal y familiar, para acceder a la partida pretendida, en tanto aparecen los elementos que acreditan tal vínculo, siendo procedente el reconocimiento del subsidio familiar, tal y como fue reconocido por la entidad demandada en los términos del artículo 1 del Decreto 1161 de 2014 y en la partida respectiva, por lo que se procederá a declarar probada la excepción propuesta por la entidad demandada *excepción de legalidad de los actos administrativos demandados* y en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda, adicional a ello no se entrará a estudiar los demás medios exceptivos, de conformidad con el inciso 3 del artículo 282 del C.G. del P.

#### **Condena en costas.**

En atención a lo ordenado por el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A. y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 365 del C.G. del P., aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C. de P.A. y de lo C.A. y el contenido del Acuerdo Nro. 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo superior de la Judicatura, por haber resultado vencida dentro del presente asunto se condenará en costas a la parte demandante.

Se fijará como agencias en derecho a favor de la entidad demandada a cargo de la parte demandante la suma de \$100.000 pesos equivalente al 4% de las pretensiones solicitadas, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso.

#### **Decisión.**

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

#### **Resuelve.**

**PRIMERO: DECLARAR PROBADA** la excepción de *excepción de legalidad de los actos administrativos demandados*, propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, conforme se expuso en precedencia.

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00230-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Carlos Andrés Ortiz Torres  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por **Carlos Andrés Ortiz Torres** contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte demandante. Para ellos se fijan como agencias en derecho la suma de \$ 100.000 pesos equivalentes al 4% de lo solicitado, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso conforme lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO: ORDENAR** la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

**QUINTO:** En firme la presente decisión, archívese el expediente.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase<sup>27</sup>**

El Juez,



José David Murillo Garcés

---

<sup>27</sup> **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.