Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO QUINTO (5º) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021)

Radicado:	**73001-33-33-005-2020-00222-00**
Medio de Control:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante:	**Yamid Tapiero Palomino**
Demandado:	**Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**

Advertido 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, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante proveído del 7 de septiembre de 2.021, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho[1] profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes:

La demanda:

El señor **Yamid Tapiero Palomino** actuando por conducto de apoderado 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 la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, tendiente a obtener mediante sentencia judicial un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Pretensiones

Declaraciones y condenas (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 4, folio 2):

*"**1.A Título de Nulidad***
Pretensiones Principales:
1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo innominado: Bogotá, marzo 10 de 2020.
***Pretensiones Subsidiarias:** 1.2. En caso de no prosperar, la nulidad, de acuerdo a lo señalado por la ley 1437de 2011, se aplique la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 13, 25, 53 y 209 de la Constitución, de acuerdo al concepto de violación.*
1.3. Se aplique la excepción de convencionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en s lugar aplicar los artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo al concepto de violación.

[1] 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.**

1.4. En caso de existir acto administrativo físico se declare su nulidad también.

*2.**A Título de Restablecimiento del Derecho***
Pretensiones Declarativas:
2.1. Se declare que mi poderdante ha realizado las mismas funciones de un soldado profesional voluntario.
2.2. Se declare que mi poderdante, al igual que los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, se encuentran en el mismo supuesto de hecho, que contempla la norma para el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

Pretensiones de Condena:
2.3. Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor de mi poderdante Yamid Tapiero Palomino identificado C.C. 1.110.469.159 de Ibagué, de la diferencia salarial del 20% dejada de percibir, por el no pago, a título de Salario Básico Mensual o Asignación Salarial Mensual, conforme Ley 131 de 1985 y el decreto 1794 de 2000.
2.4. Se declare que mi poderdante se encuentra en el mismos supuesto de hecho contemplado en las normas que regulan la prima de actividad para oficiales y suboficiales.
2.5. Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor de mi poderdante Yamid Tapiero Palomino identificado C.C. 1.110.469.159 de Ibagué, de la prima de actividad, de acuerdo a las normas vigentes.
2.6. Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor de mi poderdante, Yamid Tapiero Palomino identificado C.C. 1.110.469.159 de Ibagué, del subsidio de familia, con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.
2.7. La prima de actividad sea pagada y liquidada de acuerdo a los porcentajes establecidos para oficiales y suboficiales según las normas vigentes.
2.8. Se condene a la parte demandada a realizar la re-liquide todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, así como los que no lo son, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%, para cada uno de mis poderdantes.
2.9. Se condene a la parte demandada a realizar dicho pago desde el año en que cada uno de mis poderdantes ingresó al Ejército Nacional, hasta el pago real y efectivo de la presente sentencia, con intereses y con I.P.C.
2.10. Se condene a la entidad demandada el pago de agencias en derecho, costas procesales y gastos.
2.11. Se condene a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo señalado en el artículo 192 de C.P.A.C.A. y subsiguiente.

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, la parte demandante narró los siguientes

Hechos (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 4, folios 1 y 2):

1. El soldado profesional **Yamid Tapiero Palomino** fue incorporado al Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares del Decreto - Ley 1793 del año 2000, en calidad de soldado nuevo, sin haber sido soldado voluntario. No obstante, afirmó que cumple las mismas funciones que tienen asignadas los soldados profesionales que ingresaron bajo el concepto de soldados voluntarios y que con posterioridad a tal régimen adquirieron tal calidad, máxime que existe un trato de igualdad para los soldados en lo que tiene que ver con las normas de retiro, de incorporación, situaciones administrativas, entre otros.
2. Que el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares contenido en el Decreto 1794 de 2000, estableció un salario diferente para los soldados profesionales que se incorporaron sin haber sido soldados voluntarios –en un salario mínimo incrementado en un 40%- y otro distinto para los soldados profesionales que se incorporaron siendo soldados voluntarios –equivalente a un salario

mínimo incrementado en un 60%-, lo que en su sentir genera una discriminación salarial.

3. Expone que se encuentra en el mismo supuesto de hecho de los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, por lo que estima que tiene derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar, así como la prima de actividad.
4. El día 5 de marzo de 2.020 el soldado profesional Yamid Tapiero Palomino presentó ante la entidad demandada solicitud de reliquidación salarial, deprecando el reconocimiento y pago del 20% que se ha reconocido vía jurisprudencial a los soldados voluntarios, así como el reconocimiento y reajuste del subsidio de familia y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.
5. Mediante oficio calendado del 10 de marzo de 2.020, la entidad demandada denegó lo solicitado por el demandante.

Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida, el profesional en derecho cita los artículos 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93, 94, 125 y 217 Superiores; los artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; el artículo 24 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Igualmente señala el artículo 134 de la Ley 1437 de 2.011 y la sentencia del 8 de junio de 2.017 proferida por el Consejo de Estado.

Aseguró que la entidad demandada vulneró el ordenamiento jurídico, constitucional y convencional al expedir el acto administrativo demandado, pues existe una discriminación de los derechos laborales de los soldados profesionales en Colombia, en razón a la negativa de reconocer el 20% del salario básico de los soldados profesionales que ingresaron a la institución castrense en tal calidad y no como voluntarios que hicieron la transición a soldados profesionales; situación similar que ocurre frente a la prima de actividad en relación con los suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares, estima que debe reconocerse al ser miembros de la Fuerza Pública y no con jerarquías de mando. Finalmente, aseveró que el subsidio familiar se debe reconocer conforme a lo contenido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000, puesto que si bien en virtud del Decreto 3770 de 2.009, derogó tal disposición, el mismo fue declarado con efectos *ex tunc* nulo en su totalidad, por lo que concluyó que las disposiciones del Decreto 1794 de 2.000 se encuentran vigentes frente al Decreto 1161 de 2.014, por lo que se debe aplicar el primero de ellos, atendiendo la condición más beneficiosa en materia laboral.

Trámite procesal.

El 8 de octubre de 2.020 fue radicado el trámite de la referencia y una vez sometido a reparto, correspondió a este Despacho su conocimiento (expediente digital, cuaderno 1 principal, archivo 3) y la demanda fue recibida por parte de la oficina judicial el día 13 de octubre de 2.020 (expediente digital, cuaderno 1 principal, archivo 5).

Por auto del 22 de enero de 2.021 (expediente digital, cuaderno 1 principal, archivo 10), se admitió la demanda de la referencia, como quiera que se subsanaron los defectos indicados en el auto que la inadmitió del 20 de noviembre de 2.020 (expediente digital, cuaderno 1 principal, archivo 6). Así las cosas, se ordenó la notificación a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

Igualmente, mediante providencia del 22 de enero de 2.021 (expediente digital, cuaderno 2 medida cautelar, archivo 3), este Juzgado corrió traslado de la medida cautelar solicitada por el apoderado judicial del señor Yamid Tapiero Palomino, en la cual solicitó la suspensión provisional del acto administrativo demandado y el pago de las mesadas y prestaciones aquí deprecados. No obstante, dicha medida cautelar fue denegada mediante auto del 16 de abril de 2.021, al no acreditarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable al demandante, máxime que la misma no reunía los requisitos establecidos en el artículo 231 del C. de P.A. y de lo C.A. para su decreto; decisión frente a la cual no se interpuso recurso alguno, como se observa de la constancia secretarial de fecha 27 de abril de 2.021 (expediente digital, cuaderno 2 medida cautelar, archivo 11).

Ahora bien, surtida en debida forma la notificación a las partes, dentro del término para contestar la demanda de la referencia, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional allegó escrito de contestación en los siguientes términos:

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.
Se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico, debido a que los hechos en que se fundamenta el vicio del acto demandado deben ser probados dentro del proceso, aunado a que en su sentir no se demostró el cumplimiento de los requisitos en la ley, para obtener la declaratoria de nulidad del mismo. En razón a ello, agregó que el demandante ingresó como alumno de la Escuela de Soldados Profesionales, es decir, no ingresó a la institución en calidad de soldado voluntario, por lo cual la petición elevada por el señor **Yamid Tapiero Palomino** relativa al reajuste salarial del 20%, fue denegado por la entidad que representa; máxime que indicó, las pretensiones y hechos de la demanda, corresponden en su sentir a una interpretación normativa y apreciaciones subjetivas que realiza el apoderado judicial de acuerdo a los intereses de su poderdante.

En lo relativo al subsidio familiar deprecado, adujo que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de dicha partida, como quiera que el acto administrativo que dispuso su reconocimiento, se expidió bajo el Decreto 1161 de 2.014 y que goza de presunción de legalidad. A su turno, frente al reconocimiento y pago de la prima de actividad, precisó que el demandante ostenta la calidad de soldado profesional, por lo cual se rige por las disposiciones del Decreto 1794 de 2000, norma que no establece dicha prima, circunstancia que fue aceptada por el demandante, al momento de su vinculación libre y voluntaria a la institución demandada desde hace 18 años.

Igualmente, se opuso a la solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, argumentando que el Decreto 1794 de 2000 fue expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las normas señaladas en la Ley 4 de 1992 y en virtud del artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política de 1.991, que asigna al Gobierno la potestad de fijar el régimen salarial y prestaciones de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, decreto que señaló el régimen salarial y prestaciones para los soldados profesionales, el cual consagra las específicamente prestaciones que recibía el actor, en tanto son las únicas que le corresponde por ostentar la calidad de soldado profesional. Además a lo anterior, expuso que no existe vulneración al principio de igualdad señalado en la demanda, en razón a que, el Decreto 1211 de 1.990 excluyó a los soldados profesionales del reconocimiento de la prima de actividad, por lo que dicha situación no obedece a una discriminación por parte de la entidad demandada, sino a políticas discrecionales de necesidad, conveniencia y funciones específicas del Gobierno que profirió tal normativa.

Finalmente, propuso como excepción la que denominó: ***i. legalidad de los actos administrativos demandados***, al precisar que los actos administrativos atacados gozan de presunción de legalidad, en razón a que fueron proferidos atendiendo la normatividad aplicable al demandante en su calidad de soldado profesional, quien ingresó a la institución directamente en dicha calidad y en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y no así como soldado voluntario que posteriormente realizó tránsito a soldado profesional (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 13).

La audiencia inicial.
Advertido 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, razón por la cual mediante auto del 11 de agosto de 2.021 (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 22,) se decretaron las pruebas conducentes, pertinentes y útiles solicitadas por las partes, se corrió traslado y se puso en conocimiento de las partes por el término de ejecutoria de dicha providencia, las pruebas decretadas por el Despacho.

Luego, mediante auto del 7 de septiembre de 2.021, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 35). En consecuencia, de la constancia secretarial de fecha 27 septiembre de 2.021, se advierte que dentro del término concedido, la parte demandante y la entidad demandada allegaron escrito (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 40).

Alegatos de Conclusión.

Parte demandante.
Expuso que el acto administrativo demandado es violatorio del derecho fundamental a la igualdad, pues la Corte Constitucional en sentencia SU-519 de 1.997, dispuso en materia salarial que si dos trabajadores ejecutan una misma labor y tienen las mismas categorías e idénticas responsabilidades, debe existir un equilibrio en el salario debido al principio de "trabajo igual, salario igual". Así mismo manifestó que, la fecha de vinculación reviste de objetividad cuando se analizan cargos con relación a los derechos adquiridos, conforme lo estimó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación ya referida, sin que en su sentir sea aplicable cuando se analizan cargos de "trabajo igual, salario igual", lo que en su sentir acontece en el presente asunto, siendo procedente el reajuste salarial del 20% a favor del actor.

Frente a la prima de actividad, precisó que la norma que la consagra dispone que para el pago de la misma se requiere que el oficial permanezca en el desempeño de sus funciones, lo que sucede con el señor Yamid Tapiero Palomino, sin discriminación de la función realizada; en consecuencia, estima discriminatorio que los oficiales y suboficiales al margen de sus funciones, responsabilidades y formación, perciban la prima de actividad, pero los soldados profesionales no, bajo el argumento que su trabajo es diferente al de los demás grupos de la institución. Finalmente, en lo relativo al subsidio de familia, aseveró que debe reconocerse, pues la entidad demandada desconoció que el demandante contrajo matrimonio el 7 de octubre de 2.011 con la señora Rosa Esperanza Riaño Ayala y que tal negativa deriva en el desconocimiento del Decreto 1794 de 2.000, la vulneración del derecho a la igualdad y a la condición más beneficiosa (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 36).

Parte demandada.

Afirmó que el acto administrativo atacado goza de presunción de legalidad, como quiera que fue expedido conforme a las normas aplicables al demandante en su calidad de soldado profesional, esto es, los Decretos 1793 y 1794 de 2.000 y no así a la Ley 131 de 1.985 y reiteró que el actor ingresó a la entidad demandada directamente como soldado profesional, por lo que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, al tener en cuenta los parámetros establecidos por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2.016.

A su turno, argumentó que en virtud del Decreto 1211 de 1.990 el demandante en su calidad de soldado profesional no tiene derecho al reconocimiento de la prima de actividad, pues el régimen prestacional para los soldados profesionales de que trata el Decreto 1794 de 2.000 no contempla tal prestación, en razón a que está concebida exclusivamente para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, máxime que resaltó, vía jurisprudencial se ha determinado que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no es aplicable a los soldados profesionales frente al reconocimiento de la prima de actividad, ello no implica una discriminación en su contra, debido a que el Gobierno goza de autonomía para definir quiénes pueden ser beneficiarios de una prestación, atendiendo a factores discrecionales de necesidad, conveniencia y funciones específicas.

Concluyó que a la fecha de expedición del acto administrativo demandado, se actuó conforme a las normas aplicables al señor Yamid Tapiero Palomino y se dio aplicación al Decreto 1161 del 24 de junio de 2.014 que creó el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Bajo tales derroteros, solicitó negar las pretensiones de la demanda (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 38).

Ministerio Público.
No emitió concepto de fondo.

Consideraciones

Competencia.
Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

Problema jurídico.
Corresponde al Despacho determinar, conforme providencia del 11 de agosto de 2.021 ¿si el acto administrativo demandado, contenido en el oficio fechado 10 de marzo de 2.020, proferido por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, está ajustado o no a derecho, para lo cual debe analizarse si el señor **Yamid Tapiero Palomino** tiene derecho a que se reajuste y reliquide su asignación básica, más las prestaciones sociales desde su ingreso al Ejército Nacional y que correspondan con i) Inclusión del 20% sobre el salario básico, en aplicación del Decreto 1794 de 2000 artículo 1° inciso 2°, ii) el reconocimiento y pago de la prima de actividad, conforme la normatividad que la regula para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y, iii) al reconocimiento y pago del subsidio familiar, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000, así como analizar si hay lugar a aplicar las excepciones de inconstitucionalidad y convencionalidad, para inaplicar el acto administrativo enjuiciado, dando prelación a los artículos 13, 25, 53 y 209 Superiores y los artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos?.

Tesis parte demandante.

Considera que debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, debido a que vulnera el ordenamiento jurídico, constitucional y convencional, pues existe una discriminación de los derechos laborales del demandante frente al reconocimiento y pago del 20% del salario básico como soldado profesional que ingresó al Ejército Nacional en tal calidad, situación que predica también respecto de la prima de actividad en relación con los suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares, estima que debe reconocerse al ser miembros de la Fuerza Pública y no con jerarquías de mando y al subsidio familiar que debe ser reconocido, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000.

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 **Yamid Tapiero Palomino**, quien ingresó a la institución demandada como Soldado Profesional, ya en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 del año 2.000, por lo que debe someterse en su integridad al régimen salarial y prestacional vigente al momento de su vinculación. Igualmente señala que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad y al subsidio familiar en los términos solicitados, pues el régimen prestacional a él aplicable no los contempla, sin que ello genere una discriminación en su contra.

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. En torno al subsidio familiar debe decirse que no se demostró que el accionante hubiere informado el cambio de estado civil a la entidad demandada en vigencia del Decreto 1794 de 2.000 cuya aplicación depreca, pues conforme se observa en el expediente, tal requisito se surtió en vigencia del Decreto 1164 de 2014. Finalmente, frente al reconocimiento y pago de la prima de actividad, el régimen salarial y prestacional que rige al demandante no contempla tal prerrogativa. Por lo cual, al no advertirse un trato desigual a nivel salarial y laboral o una contravención a las normas constitucionales y convencionales, se torna inminente denegar las pretensiones de la demanda.

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 consecuencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto el señor **Yamid Tapiero Palomino** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho depreca la nulidad del oficio de fecha 10 de marzo de 2.020 que negó la reliquidación y reajuste del 20% del salario básico del demandante de conformidad a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 131 de diciembre de 1985, y en el inciso segundo del Decreto 1794 de 2000, así como el reconocimiento y pago de la prima de actividad y del subsidio familiar, acto 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%, el reconocimiento y pago de la prima de actividad, conforme la normatividad que la regula para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y el reconocimiento y pago del subsidio familiar, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000.

De igual manera, deprecó analizar si hay lugar a aplicar las excepciones de inconstitucionalidad y convencionalidad para inaplicar el acto administrativo enjuiciado, dando prelación a los artículos 13, 25, 53 y 209 Superiores y los artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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[2] 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[3], entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley[4], la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal[5], y, que excepto las supremas autoridades*

[2] 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: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

[3] GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo", 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

[4] 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.

[5] 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.

administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción[6]*.*

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral[7]*, 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 2.016, 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 resolutiva.

Del régimen salarial y prestacional de los miembros del 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 *ibídem*, establece que las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula

[6] 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).

[7] 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.

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 tuvieren 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:

*"**Articulo 3. Incorporación.** La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal 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 inexequible 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, el pluricitado Decreto dispuso:

"Articulo 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 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 parágrafo 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[8] 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 profesionales, fijando las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

[8] 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 85001-33-33-002-2013-00060-01, número interno 3420-2015, Demandante: Benicio Antonio Cruz, Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

"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 resolutiva 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%."[9].

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

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto aclaratorio del 6 de octubre de 2.016, Expediente CE-SUJ2 85001-33-33-002-2013-00060-01, C.P: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

"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).

De la prima de actividad.

La denominada *prima de actividad* se creó con fundamento en el régimen especial de los miembros de la Fuerza Pública y con fin de compensar el desgaste físico y emocional de los miembros de la Fuerza Pública –cuya actividad entraña un permanente riesgo para su integridad personal-. Inicialmente tuvo efectos exclusivamente salariales y fue cuantificada en el equivalente al 33% del sueldo básico. Posteriormente fue incluida como factor de la liquidación de la asignación de retiro, y dependiendo de la antigüedad del servidor se establecieron diferentes porcentajes.

Así, la prima de actividad fue creada mediante la Ley 131 de 1.961, norma que en su artículo primero, dispuso: "***Artículo 1º*** *El personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima de actividad igual al quince por ciento (15%) de su sueldo básico mensual.*"

Para regular la materia, el Ejecutivo expidió diferentes normas, siendo del caso mencionar los Decretos 612 de 1977, 89 de 1984, 95 de 1989, 1211 de 1990, y finalmente el Decreto 4433 de 2004. Consecuencia de ello, el Gobierno Nacional ha regulado y fijado los aspectos relativos a a la prima de actividad, en las siguientes normas:

1. Decreto 1211 de 1.990, particularmente en su artículo 84, a cuyo tenor literal señala: "*Artículo 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico*".

2. Decreto 1212 de 1.990, que en su artículo 68 dispone: "*Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico*".
3. Decreto 1214 de 1.990, a través de su artículo 38 que señala: "*Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones*".

Ahora bien, resulta pertinente advertir que conforme se indicó en el acápite anterior, el Decreto 1794 de 2000, expidió el régimen salarial y prestacional aplicable en forma particular a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, estableciendo el monto de la asignación básica y las partidas que conformarían el salario de tales soldados, sin que en la normativa en comento se hubiere incluido la prima de actividad.

Situación que fue ratificada por el H. Consejo de Estado en reciente pronunciamiento, en el cual se estableció que los soldados profesionales no tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad y que tal situación, no constituye una vulneración al derecho a la igualdad, ello, si se tiene en cuenta que tal prestación sí está establecida para los suboficiales y oficiales de la Fuerza Pública. Al efecto se destaca:

"*Los soldados profesionales sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y cesantías, las cuales deben calcularse teniendo en cuenta el salario básico.* ***Sin que se observe la inclusión de la prima de actividad a favor de este personal.****(…) con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual. (…) Para tal efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad, que permite determinar si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, herramienta que está compuesta por tres etapas de análisis a saber: i) criterios de comparación, esto es, determinar si se trata de sujetos de la misma naturaleza; ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y; iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.(…)* *si bien la mentada prestación no se tiene regulada a favor de los soldados profesionales la cual sí se prevé para los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, también lo es que, estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos. Ello toda vez que:* ***i)*** *pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y* ***ii)*** *los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes. Dichas circunstancias especiales permiten que en materia salarial se determinen tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, esto es, que los criterios de diferenciación en el sub judice obedecen a factores prudentes que el legislador ha señalado dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. Igual situación ocurre con el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional que tiene un régimen especial para el ingreso, retiro, emolumentos salariales y*

prestacionales disímiles al que rige las Fuerzas Militares y de Policía (…)"[10]. (Subraya ajena al texto original).

Del subsidio familiar para los soldados profesionales.

La Ley 21 de 1982[11] definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, siendo su objetivo fundamental el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

En tal sentido, la Corte Constitucional[12], en cuanto a la **naturaleza jurídica del subsidio familiar**, consideró que el mismo pretende beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos dentro de un criterio que mira la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar; de modo que se constituye como un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Así ha reconocido el Tribunal Constitucional:

> *"Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social."*

Ahora bien, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000, señaló que los soldados profesionales tienen derecho a devengar un subsidio familiar en los siguientes términos:

> ***"Articulo 11.*** *Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*
>
> *Para los efectos previstos en este artículo,* ***el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente****."* (Negrilla del Juzgado).

No obstante, la anterior disposición fue derogada por el Decreto 3770 de 2.009 que dispuso, entre otras, un régimen de transición frente al pago del subsidio familiar, así:

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

---

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 24 de junio de 2.021, radicado 52001-23-33-000-2017-00665-01(5170-19), Actor: Ricardo Hernández Restrepo y otros, Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, C.P.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

[11] "Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones".

[12] Corte Constitucional, Sentencia C–508 de 1997, expediente D-1627, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

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

Debido a tal declaratoria, mediante **Decreto 1161 de 2014**, el Presidente de la República en desarrollo de los postulados generales establecidos en la Ley 923 de 2004, creó el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

Hechos probados.

1. El señor Soldado Profesional **Yamid Tapiero Palomino** ingresó al Ejército Nacional prestando el servicio militar desde el 21 de febrero de 2.006 al 12 de agosto de 2.007; como alumno soldado profesional desde el 13 de agosto de

2.007 al 30 de septiembre de 2.007; y actualmente se desempeña como soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2.007 a la fecha, en tanto no se encuentra pendiente por retiro (cuaderno principal 1, archivo 20, folio 3 expediente digital).

2. Que mediante orden administrativa de personal Nro. 2170 del 30 de octubre de 2.014, el Ejército Nacional reconoció el subsidio familiar al demandante por valor de $62.092,80 por el nacimiento de su hijo Camilo Andrés Tapiero Riaño (cuaderno principal 1, archivo 20, folios 4 a 10 expediente digital).
3. Mediante oficio de fecha 10 de marzo de 2.020, la Dirección de Personal del Ejército Nacional emitió respuesta frente al derecho de petición Nro. 426232 presentado por el señor Yamid Tapiero Palomino, denegando el reajuste salarial del 20% y del subsidio familiar, argumentando que se incorporó a la institución directamente como soldado profesional y no como soldado voluntario, así como la negativa en el reconocimiento y pago de la prima de actividad en servicio activo, debido a que el Decreto 1794 de 2.000, señala expresamente el régimen salarial y prestacional aplicable a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, normativa que no establece la prima solicitada (cuaderno principal 1, archivo 4, folios 22 a 23 expediente digital).
4. Certificación de haberes del señor Yamid Tapiero Palomino mes de junio de 2.021, proferida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el día 29 de junio de 2.021, en la que se observa que el actor devenga además del sueldo básico, la partida de alimentación, subsidio familiar, entre otros (cuaderno principal 1, archivo 20, folio 2 expediente digital).

Caso concreto.

Está acreditado en el proceso que el señor **Yamid Tapiero Palomino** ingresó al Ejército Nacional prestando el **i.** servicio militar desde el 21 de febrero de 2.006 al 12 de agosto de 2.007, **ii.** como alumno soldado profesional desde el 13 de agosto de 2.007 al 30 de septiembre de 2.007 y **iii.** como soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2.007 a la fecha (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 20, folio 3 expediente digital).

De igual manera, se encuentra acreditado que por petición del 5 de marzo de 2.020, a la cual se le asignó el radicado 426232, el señor **Yamid Tapiero Palomino** solicitó a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% de acuerdo a lo señalado en la Ley 131 de 1.985, conforme al derecho a la igualdad, así como el reconocimiento y pago del subsidio de familia, con base en el Decreto 1794 de 2.000 y el reconocimiento y pago de la prima de actividad (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 29, folio 2).

No obstante, mediante oficio de fecha 10 de marzo de 2.020, la Dirección de Personal del Ejército Nacional emitió respuesta frente al derecho de petición Nro. 426232, negando el reajuste del 20% y el subsidio familiar solicitado por el señor **Yamid Tapiero Palomino**, 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. 1376 del 17 de septiembre de 2.007, por lo que la entidad no estimó procedente dar aplicación al inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2.000. De igual manera denegó el reconocimiento y pago de la prima de actividad en servicio activo, indicando que el Decreto 1794 de 2.000 señala expresamente el régimen salarial y prestacional aplicable a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, normativa que no establece la prima solicitada (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 4, folios 22 a 23 y archivo 29, folio 4).

En consecuencia, atendiendo los hechos probados, se evidencia que el demandante ingresó a las Fuerzas Militares a prestar el servicio militar obligatorio el 21 de febrero de 2.006, para lo cual, previa formación iniciada el 13 de agosto de 2.007, ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional el día 1 de noviembre de 2.007, por lo que se puede concluir que la vinculación del señor **Yamid Tapiero Palomino** 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, llama la atención del Despacho que en la reclamación administrativa la parte actora solicitó 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 **Yamid Tapiero Palomino**, norma aplicable como se vio en el acápite 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, **funciones**, responsabilidades y beneficios que persigue; 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.

De igual manera y conforme se solicitó en vía administrativa, 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 proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales."* [13] (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 articulo 1 *ibídem* 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 **Yamid Tapiero Palomino** desde su vinculación ostentó la categoría de soldado profesional.

De cara a lo anterior y conforme al principio de igualdad salarial esbozado en el escrito de demanda, se torna forzoso indicar que en el presente asunto el demandante **Yamid Tapiero Palomino** no se encuentra en condiciones similares a los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales, pues si bien es cierto, en la actualidad los soldados profesionales ejecutan las mismas funciones de un soldado profesional que ingresó siendo soldado voluntario, sobre estos últimos sí se predican unos derechos adquiridos, de los cuales el aquí accionante no es acreedor, aunado a que el señor **Yamid Tapiero Palomino** al ingresar a la institución demandada, tenía pleno conocimiento de las condiciones laborales y obligaciones propias del empleo que iba a desarrollar, lo cual en todo caso incluía las funciones a desarrollar, por lo cual no es posible equiparar tales situaciones.

En relación con el derecho a la igualdad en materia salarial, Colombia adoptó el Convenio de la OIT 111 de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y el término discriminación puede comprender: a) cualquier distinción, exclusión, o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores cuando dichas organizaciones existan y con otros organismos apropiados.

---

[13] 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.

Pese a lo anterior, el citado convenio dejó claro que las "*distinciones, exclusiones o preferencias salariales basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discrimación*". Bajo las premisas esbozadas, se torna forzoso denegar las pretensiones de la demanda, en este aspecto.

Ahora bien, en punto al reconocimiento y pago de la ***prima de actividad*** a la cual el demandante estima tiene derecho en aplicación del principio de igualdad frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, atendiendo lo ya referido en el acápite normativo y jurisprudencial de esta decisión y conforme a lo acreditado en el plenario, tal pretensión no es procedente por las razones que se pasa a explicar:

Se evidencia que conforme a la fecha de ingreso del demandante **Yamid Tapiero Palomino** su régimen aplicable es el contenido en los Decretos 1793 de 2.000 y 1794 de 2.000, siendo este último el que consagra su salario. Bajo tal orientación, el Decreto 1794 de 2.000 dispuso a favor de los soldados profesionales las siguientes prerrogativas prestacionales: **i**. asignación salarial mensual, **ii.** prima de antigüedad, **iii.** prima de servicio anual, **iv.** prima de vacaciones, **v.** prima de navidad, **vi.** Pasajes por traslado, **vii.** Pasajes por comisión, **viii**. Vacaciones**, ix.** Cesantías, **x.** vivienda militar y **vi.** subsidio familiar; sin que de los mismos se encuentren expresamente enlistados el factor "prima de actividad", que sí fue incluido para otros integrantes de las Fuerzas Militares.

Así, la distinción efectuada en el escrito de demanda no tiene vocación de prosperidad debido a que "no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, los cuales pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. En efecto, los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los Comandantes"[14].

Debe decirse que, los criterios de distinción que realiza el Gobierno Nacional al fijar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública tienen su génesis en distinciones razonables, a saber: el grado de responsabilidad, las funciones a desempeñar, la experiencia y los requisitos exigidos al interior de la institución para ingresar a cada grado.

Al efecto, el Consejo de Estado ha indicado:

> *(…) La normativa que rige cada uno de los grupos de miembros de las Fuerzas Militares y personal Civil del Ministerio de Defensa parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial y prestacional, sin que ello constituya de manera alguna, una discriminación, porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil. Obsérvese que los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores prudentes que el mismo legislador ha previsto dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se requieren calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica entonces la distinción salarial.*
>
> *Igualmente y de acuerdo con lo regulado en el artículo 2.° de la Ley 4ª de 1992,* ***debe tenerse en cuenta que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública***

[14] Corte Constitucional, Sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual declaró exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005.

debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades. Es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones.

Así, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.

Aunado a ello, se tiene que la prima de actividad se previó como una prestación a favor de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, que posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, sin que con la misma se pretenda cubrir una condición especial a los beneficiarios de aquella, como, por ejemplo, ocurre en el caso del subsidio familiar."[15] (Negrilla y subraya del Juzgado).

Corolario de lo anterior, si bien la prima de actividad no se encuentra establecida en favor de los soldados profesionales, en tanto que sí se consagra para los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, no es menos cierto que, estas categorías no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los aludidos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos.

Así, tal exclusión no constituye para este Juzgado una vulneración al principio de igualdad, pues como se vio, la remuneración prestacional y pensional establecida a los miembros de la Fuerza Pública está sujeta al nivel de los cargos, funciones, responsabilidades y calidades que la Ley establezca; motivo por el cual no es dable para este Despacho afirmar que todos los integrantes de la Fuerza Pública deben percibir el mismo porcentaje de las prestaciones, máxime que existen regímenes especiales que no se pueden obviar, ello fundamentado en el literal j) del artículo 2 de la Ley 4 de 1.992, en tal norma se fijaron los respectivos lineamientos al Gobierno Nacional para proferir el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública; máxime que en el asunto de la referencia no se advierte que tales diferencias generen un trato desfavorable a los destinatarios, lo que deriva en la inminencia de despachar desfavorablemente esta pretensión.

Finalmente, en punto a la pretensión de ***reconocimiento y pago del subsidio familiar*** contenido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000, resulta pertinente señalar que de la lectura del escrito de demanda y la reclamación administrativa se evidencia que el actor depreca que se de aplicación al artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000 y no así al Decreto 1161 de 2.014, considera igualmente que vulnera el principio de igualdad y a la condición más beneficiosa.

Así, se encuentra acreditado en el expediente que mediante orden administrativa de personal Nro. 2170 del 30 de octubre de 2.014, el Ejército Nacional reconoció el subsidio familiar al demandante por valor de $62.092,80 por el nacimiento de su hijo Camilo Andrés Tapiero Riaño (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 20, folios 4 a 10), prestación que a la fecha devenga en un 23% que representa la suma de $292.545,28 (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 20, folio 2).

De igual manera, se aportó al plenario **i.** el formulario único de solicitud de subsidio familiar por matrimonio y por hijos de fecha 19 de agosto de 2.014 (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 20, folios 11 a 12), el cual fue acompañado del registro civil de matrimonio de fecha 7 de octubre de 2.011, en el que se observa que el demandante Yamid Tapiero Palomino contrajo matrimonio con la señora Rosa

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 24 de junio de 2.021, radicado 52001-23-33-000-2017-00665-01(5170-19), Actor: Ricardo Hernández Restrepo y Otros, Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, C.P.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Esperanza Riaño Ayala en dicha fecha (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 20, folio 13) y del **iii.** registro civil de nacimiento de Camilo Andrés Tapiero Riaño (expediente digital, cuaderno principal 1, archivo 20, folios 16).

De cara a lo anterior, llama la atención del Despacho que pese a haber contraído matrimonio desde el 7 de octubre de 2.011, la parte actora omitió acreditar que dicha situación hubiere sido informada a la entidad demandada, conforme lo disponía el inciso 2° del artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000, tampoco se evidencia prueba alguna que dé cuenta que el Ejército Nacional se hubiere negado a recepcionar la documentación por parte del interesado.

En consecuencia, resulta procedente indicar que frente al principio *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* la H. Corte Constitucional ha indicado:

> *"(…) 7.1. La Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", a través de la cual sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está prima facie en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso.*
>
> *Según ese principio, una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma.*
>
> *7.2. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.*
>
> *7.3. A partir de dicho criterio es que esta Corporación ha considerado que la regla general del derecho de que no se escucha a quien alega su propia culpa guarda compatibilidad con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en particular, con el "deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" consagrado en el artículo 95 de la Carta Política. Por una parte, porque la Norma Superior define con claridad que la actuación de un individuo no puede servir para dañar, de forma injusta e ilegítima, los derechos que el Estado ha otorgado a favor de todos los habitantes del territorio nacional. Es decir, en sí mismo los derechos tienen un límite sustancial, según el cual, para la primacía de un orden justo se requiere el ejercicio simultáneo de los derechos propios y ajenos. Y, por otra parte, en razón a que la Carta Política establece la obligación de ejercer los derechos constitucionales y legales en consonancia con el espíritu, fin y sentido que le son propios. Así, las personas tienen el deber de actuar de forma justa, lo que significa que no pueden desvirtuar el objetivo que persigue la norma, llevándola a resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico vigente.*
>
> *En la misma perspectiva, esta regla se ciñe al principio de buena fe, luego de que el artículo 83 de la Constitución de 1991 presupone que en todas las gestiones que adelanten los particulares y las autoridades públicas, debe incorporarse, como presupuesto ético de las relaciones sociales con trascendencia jurídica, la confianza de que el comportamiento de todos los sujetos del derecho se cimienta sobre la honestidad, rectitud y credibilidad de su conducta.*

7.4. Por consiguiente, para este Tribunal, la regla general del derecho, según la cual no se escucha a quien alega su propia culpa (bajo el aforismo nemo auditur suam turpitudniem allegans) hace parte del ordenamiento jurídico y resulta compatible con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en la medida que tiene por fin imposibilitar el acceso a ventajas que se consideran indebidas o inmerecidas jurídicamente. Así, existe el deber de negar toda pretensión cuya fuente sea el propio error, dolo o culpa".[16]

Así las cosas acogiendo el principio en comento, no es dable al Juzgado adoptar la conducta omisiva de la parte demandante, el actor pretende beneficiarse de su propia culpa, frente a la normatividad a la cual estima se debe dar aplicación, en consecuencia no se puede desconocer que **era su deber como trabajador informar el cambio de su estado civil**, situación que aconteció únicamente hasta el 19 de agosto de 2.014, momento en el cual ya se encontraba en vigencia el Decreto 1161 del 24 de junio de 2.014; de lo que se sigue que, desde el momento en que se informa la novedad, se adquieren los efectos pretendidos.

Frente al argumento esbozado por la parte actora en torno a la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2.009, la misma produce efectos ex tunc y que ello generaría la posibilidad de aplicar al caso particular del actor lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es menester referir que el H. Consejo de Estado dispuso:

"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."[17]

Por lo anterior, si bien los efectos de la sentencia de nulidad son ex tunc y por ello, las cosas vuelven al estado en que se encontraban, no es menos cierto que en el presente asunto no es procedente reconocer el subsidio familiar en los términos solicitados por el señor **Yamid Tapiero Palomino**, pues como se demostró, durante el tiempo que estuvo vigente el artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000, el actor no cumplió con su deber de informar la novedad y/o cambio en su estado civil a su nominador y que para el momento que cumplió con su obligación, ya se encontraba vigente el Decreto 1164 de 2.014, que subrogó lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2.000.

Por lo ya sustentado, se declarará probada la excepción de ***legalidad de los actos administrativos demandados*** formulada por la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Ahora bien, frente a las pretensiones subsidiarias ha de indicarse que el artículo 4 Superior señala que *"La Constitución es norma de normas. En todo caso de*

[16] Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-122 del 27 de febrero de 2.017, Expediente: T-5.485.856, Acción de tutela instaurada por *José* y la señora *Fernanda*, en representación de la menor *Lucero*, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y el señor *Mauricio*, M.P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

[17] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", providencia del 8 de septiembre de 2.017, expediente Nro.: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10), C.P.: CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". De lo que se extrae que la vía de excepción constituye una obligación expresa del juez contencioso de inaplicar o desconocer una norma de inferior jerarquía con la finalidad de efectivizar lo dispuesto en la Constitución, efectos que se producen únicamente frente a los sujetos procesales.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional ha expuesto:

> "*La razón por la cual se considera que el no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a un defecto sustantivo es debido a que, el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que esta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Carta Fundamental. Por lo tanto, basó su decisión en una norma que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, no podría existir en nuestro ordenamiento. En consecuencia, se expide un fallo con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma* (sic)"[18].

Conforme a lo anterior, el control por vía de excepción consagrada en el artículo 148 del C. de P.A. y de lo C.A., faculta al juez para que de manera oficiosa o a petición de parte, dentro de los procesos que conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y frente a los cuales tenga conocimiento, pueda dejar sin efectos un acto administrativo cuando se evidencie que el mismo vulnera lo dispuesto la Constitución Política.

Así las cosas, en sentir del actor la entidad demandada al proferir el acto administrativo demandado, vulneró normas constitucionales y convencionales al incurrir en la negativa de reconocer y pagar el 20% del salario básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar en favor del señor **Yamid Tapiero Palomino**; no obstante, con lo hasta aquí expuesto, para este Juzgado la entidad accionada al proferir tal decisión no incurrió en los defectos señalados, pues tuvo en cuenta las normas aplicables al caso del demandante y el precedente jurisprudencial que gobierna al actor, situación que no implica que tal postura vulnere los derechos fundamentales del demandante.

Bajo los preceptos aquí referidos, el Despacho advierte al no contemplar las prestaciones aquí deprecadas en favor de los soldados profesionales, a saber, la prima de actividad a favor de los soldados profesionales ni el reconocimiento y pago del 20% del salario de los soldados en comento, en el presente asunto no se vulnera ningún principio constitucional, ni el principio de igualdad general establecido en los artículos 23 y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que se reitera, cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera distinta; máxime que frente al subsidio familiar, como se indicó la omisión radicó en el demandante y no así frente a la entidad demandada. Por lo anterior, se denegarán las pretensiones solicitadas.

Condena en costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, a la parte demandante.

Ahora bien, el C.G. del P. sobre costas, tiene dicho que están integradas por la

[18] Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-132 del 13 de marzo de 2.013, expediente T-3.536.944, M.P.: ALEXEI JULIO ESTRADA.

totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2)**; de tal manera que se explicite en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, "**...** *3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado*".

Por su parte, el Acuerdo Nro. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

"1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

a. *Cuando en la demanda se formulen pretensiones* de *contenido pecuniario, entre* ***el*** 5% *y el 15% de lo pedido.*
b. *En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y* 8 *S.M.M.L.V*

En primera instancia.

a. *Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:*
   (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
   (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
c. *Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

En segunda instancia. *Entre 1 y 6 S.M.M.L. V."*

Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante la suma de $215.379 equivalentes al 4% de lo pedido, suma que deberá ser incluida en las costas del proceso.

Decisión:

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

Resuelve:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción ***legalidad de los actos administrativos demandados***, formulada por la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, conforme a lo expuesto.

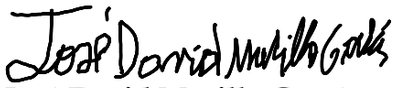
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por el señor **Yamid Tapiero Palomino** contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho, a su cargo y favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional la suma de $215.379, suma que deberá ser incluida en las costas del proceso. Por secretaría, liquídense.

CUARTO: En firme la presente decisión, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase[19]

El Juez,



José David Murillo Garcés

[19] **NOTA ACLARATORIA: La providencia se tramitó por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.**