



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|--------------------|--|
| PROCESO: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| RADICACIÓN: | 11001-33-35-009-2020-00262-00 |
| DEMANDANTE: | EFRAÍN ZAPATA TOBÓN |
| DEMANDADO: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL |

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia que en derecho corresponde, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación.

I. Antecedentes

1. La demanda y su contestación

1.1. Pretensiones

Según el libelo inicial, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende se declare la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada 2018-10-16 con código 3HSAN6M2EA, que negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, la prima de actividad.

Como pretensiones subsidiarias presenta las siguientes:

1. En caso de no prosperar, la nulidad, de acuerdo a lo señalado por la ley 1437 de 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.



2. Se aplique la excepción de convencionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 1, 2, 23 y 24. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo al concepto de violación.
3. En caso de existir acto administrativo físico se declare su nulidad también.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita: **i)** Reconocer y pagar 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; **ii)** Reconocer y pagar la prima de actividad y que sea pagada y liquidada de acuerdo con los porcentajes establecidos para oficiales y suboficiales según las normas vigentes.; **iii)** Se reliquiden todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, así como los que no son, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%; **iv)** Se condene a la parte demandada a realizar dicho pago desde el año en que el demandante ingresó al Ejército Nacional, hasta el pago real y efectivo de la presente sentencia, con intereses y con I.P.C.; **v)** Se condene a la entidad demandada el pago de agencias en derecho, costas procesales y gastos. **vi)** 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.

1.2. Fundamentos fácticos

El demandante es soldado profesional del Ejército Nacional de Colombia, 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.

Se le asignaron las mismas funciones que a los soldados profesionales que fueron incorporados al Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares que estaban activos antes de su entrada en vigencia, es decir los soldados Voluntarios.

El demandante se encuentra en una situación de Discriminación Salarial frente a los soldados profesionales que se incorporaron a la misma carrera administrativa, pero que ya hacían parte de la institución, (Soldados Voluntarios) a pesar de que reciben y ejecutan las mismas funciones, pues nunca ha recibido el salario proporcional a su trabajo.



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, por lo tanto, tiene derecho al reconocimiento del subsidio familiar en mejores condiciones del que tiene reconocido al momento de presentar la demanda.

El 16 de octubre de 2018, elevó petición a la entidad demandada, con radicado 3HSAN6M2EA, a fin de que se le reconociera la diferencia salarial del 20%, el reajuste del subsidio de familia y la prima de actividad.

Indica que la demandada guardó silencio frente a las pretensiones reclamadas.

1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Como normas violadas la parte actora invoca las siguientes:

- Constitucionales: artículos.1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93,94, 125, 217.
- Normas del bloque de Constitucionalidad: Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículos 1, 2, 23 y 24; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 7; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador.
- Artículos 7 y 24 de la Declaración Universal De Derechos Humanos.
- Ley 1437 artículo 134.
- Jurisprudenciales: Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017).
MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

En torno al concepto de violación argumentó que, los actos administrativos enjuiciados fueron expedidos con infracción de las normas que deberían fundarse.

Dividió el concepto de violación en cinco puntos de la siguiente forma: a) Discriminación sistemática de los derechos laborales de los soldados profesionales en Colombia; b) Igualdad de salarial del 20%; c) Prima de actividad; d) El mandato de no discriminación, frente a la igualdad salarial del 20% y prima de actividad e) Subsidio de familia.

Respecto a la discriminación sistemática de los derechos laborales de los soldados



profesionales en Colombia señaló que, a lo largo de la historia del soldado profesional, este ha sido tratado con injusta desigualdad y discriminación de sus derechos laborales.

Advirtió que la discriminación de sus derechos fundamentales, en el sector laboral, ha sido sistemática ya que, es tendencia de actuación de la administración castrense vulnerar los derechos laborales de más débil de la relación laboral y citó ejemplos en los que considera es evidente la discriminación hacia los soldados, como lo son: i) Pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, inexistencia de la misma; ii) Desmedro del 20% de salario de los soldados que se vincularon con vigencia de la ley 131 de 1985; iii) Partidas computables para la asignación de retiro de acuerdo a lo señalado por el decreto 4433 de 2004; iv) Subsidio de familia para los soldados en Colombia.

Con ocasión de la igualdad del 20% del salario, señaló que, en el año 2000, el gobierno nacional en aras de mejorar las condiciones de la institución para poder asumir el conflicto armado interno que tenía el país en jaque reestructuró las fuerza, de forma especial al Ejército Nacional, creando un Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

Señaló que, si bien el Estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, creo una nueva modalidad de soldados, denominada, soldados profesionales, no excluyó a quienes tenían la condición de soldados voluntarios, pues permitió que ingresaran a esta nueva categoría de servidores públicos, pero no descartó, de este estatuto de carrera administrativa, a quienes estaban cobijados por la ley 131 de 1985, sino que por el contrario los incorporó, y los hizo destinatarios de esta normativa, es decir los convirtió en soldados profesionales, en las mismas condiciones de los que ingresen nuevos a la institución.

Resaltó que quien, siendo soldado voluntario, para dejar de serlo y pasar a ser soldado profesional debía UNICAMENTE cumplir los siguientes requisitos i) expresar intención de ser profesional; y ii) ser aprobados por los comandantes de las Fuerzas Militares. Por lo que no encuentra justificable, la diferenciación que hace la institución entre los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como soldados profesionales y quienes hoy son soldados profesionales y nunca fueron soldados voluntarios.

Con relación a la prima de actividad mencionó que los actos administrativos



enjuiciados que niegan el reconocimiento y pago de la prima de actividad son actos administrativos que deben ser declarados nulos, o en su defecto, ser inaplicados por excepción de inconstitucionalidad o convencionalidad, toda vez que, vulneran flagrantemente el ordenamiento jurídico superior, de forma especial, el artículo 13 de la Constitución, junto con las demás disposiciones jurídicas de derecho de la Convención Americana.

Consideró como falsa y arbitraria la premisa de que el oficial y suboficial tienen derecho a devengar prima de actividad, solamente porque están activos, y que el soldado, estando activo, no tiene derecho a dicha prima de actividad, yendo en contravía de la Constitución Política y del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas. Puesto que, en el presente asunto, la realidad y lo sustancial es que, los soldados, oficiales y suboficiales, se encuentran en el mismo supuesto de hecho de la norma, “en servicio activo”, y que, por estar ahí, los soldados tienen derecho a no ser marginados, excluidos, ni tratados de forma desigual, bajo criterios ajenos a la razonabilidad, a la objetividad, de ser premiados a través de la prima de actividad.

Advirtió que, si bien es cierto que la institución se rige claramente de acuerdo a los principios de división de trabajo y mando, también lo es que para ello hay un reconocimiento objetivo de prestaciones salariales que compensen esas tareas, pero en el presente caso, no existe criterio objetivo para compensar la actividad solamente de los oficiales y suboficiales mientras que la de los soldados profesionales no.

Frente al mandato de no discriminación, en correspondencia con a la igualdad salarial del 20% y prima de actividad señaló que el acto administrativo demandado no fue fundamentado en el principio de igualdad, del artículo 13 de la Constitución Política, y por tanto, es violatorio del mismo, en la modalidad derecho fundamental a la no discriminación.

Respecto al subsidio familiar, indicó que el acto administrativo acusado no fue fundamentado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y por tanto, es violatorio del mismo. Toda vez que, el acto administrativo debió tener como fundamento legal para su expedición, el Decreto 1794 de 2000, artículo 11, donde se ordena que el reconocimiento y pago del subsidio de familia para los soldados profesionales de Colombia, sea conformado en su liquidación, por el cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la totalidad de la prima de antigüedad.

1.4. Escrito de contestación



La apoderada de la entidad demandada en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Como argumentos de fondo expuso que el demandante sustenta su pretensión en que los soldados Profesionales que venían de ser Voluntarios devengan una asignación más alta, que aquellos que ingresaron directamente a la Escuela de Formación de Soldados Profesionales, y que en consecuencia se les está violentando sus derechos laborales constitucionales y legales de manera injustificada en la medida en que desarrollan la misma actividad.

Señaló que se equivoca el demandante al decir que la demandada le da un trato desigual al hoy demandante y que debe pagarle una asignación básica mensual superior.

Indica que el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, estableció que 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%).

Argumentó que, en el mismo sentido, la sentencia de unificación SUJ-015-S2 de fecha 25 de abril de 2019, estableció que la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

Cosa distinta sucedía con los SOLDADOS VOLUNTARIOS, a quienes les era aplicable la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991, en virtud de la cual no tenían la calidad de empleados o servidores públicos, en la medida en que se trataba de personal que luego de haber prestado su servicio militar obligatorio solicitaba seguir prestando sus servicios a la fuerza militar, y en tal condición no recibían un salario ni contaban con prestaciones sociales, sino que sólo recibían una suma mensual a título de BONIFICACIÓN, nunca se les reconoció un salario y por ello no tenían derecho a Prestaciones Sociales.

Expresó que el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, anteriormente citada, precisó que no se estableció la prima de actividad para soldado profesionales, como si se hizo para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, así como también para el personal civil de esta cartera ministerial.



Por lo anterior, solicitó se niegue la totalidad de las pretensiones de la demanda.

1.5. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 28 de septiembre de 2020 y repartida el mismo día a este juzgado; mediante auto del 18 de mayo de 2021, se inadmitió la demanda y se ordenó al apoderado de la parte demandante que subsanara en los siguientes aspectos: i) Sitio Geográfico; ii) Poder; iii) Traslado de la demanda y sus anexos.

En escrito del 03 de junio de 2021, la parte actora subsanó la demanda en lo que tiene que ver con el poder, sin embargo, manifestó el apoderado que en lo referente al certificado emitido por el Ejército Nacional donde indique la sede o batallón (sitio geográfico) en donde el señor Efraín Zapata Tobón, labora en la actualidad, manifestó que dicha documentación fue requerida a través de derecho de petición, pero a la fecha no ha sido entregada por la entidad.

Mediante providencia del 25 de octubre de 2022, se admitió la demanda en contra del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, y se ordenó correr traslado de la medida cautelar.

Con auto del 12 de septiembre de 2023, se fijó la litis, se incorporaron las pruebas y se corrió traslado para alegar de conclusión.

1.5.1. Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho, sólo la parte demandante rindió escrito de alegaciones finales. Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

1.5.2. Alegatos de la parte demandante

En esta etapa del proceso, el apoderado del demandante indica que un punto que debe ser analizado, tiene que ver con la presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de subsidio de familia.

Aclara que como lo ha dicho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, toda modificación legal de carácter regresivo debe presumirse prima facie como



inconstitucional, el decreto 1161 de 2014, es un decreto que modifica un derecho prestacional de forma regresiva y el acto administrativo que negó la reliquidación está fundamentado en un decreto que se presume inconstitucional. Y dicha presunción no fue desvirtuada por la entidad demandada a lo largo del proceso, pues es ella quien tiene la carga de probar o argumentar que dicho acto administrativo se ajusta al ordenamiento constitucional. Al no haberse desvirtuado, se deberá declarar a la nulidad del acto administrativo, o en su defecto, la inaplicación del mismo en la excepción de inconstitucionalidad o convencionalidad.

La parte demandada y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteado mediante auto del 12 de septiembre de 2023, el problema jurídico se contrae a determinar Si hay lugar a declarar la existencia y nulidad del acto ficto configurado por el silencio de la Entidad demandada frente a la petición radicada 2018-10-16 con código 3HSAN6M2EA, por medio de la cual el demandante solicitó el reconocimiento de sus acreencias laborales, el reconocimiento de la diferencia salarial del 20%, y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

En caso afirmativo, se establecerá si hay lugar al reconocimiento de las acreencias laborales solicitadas en el libelo inicial, particularmente, el reconocimiento de la diferencia salarial del 20%, el reconocimiento y reajuste del subsidio de familia y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

No obstante, en caso de que se determine que no hay lugar a lo anterior, se decidirá si hay lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre los actos administrativos demandados, así como la excepción de convencionalidad, de conformidad con lo solicitado por el demandante como pretensión subsidiaria.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:



2.2.1 Petición con radicado 2018-10-16 con código 3HSAN6M2EA por el demandante ante la entidad demandada (archivo 01 fl. 15)

2.2.2. Oficio No. 20183131332691: MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-SJU-1.9, del 13 de julio de 2018, por el cual se da respuesta a una petición con Rad. V3BADQJ184 (archivo 01 fl.17-19)

2.2.3. Certificación de tiempos servidos por el señor EFRAIN ZAPATA TOBON (archivo 36 fl. 03 Y 04)

2.2.4. Extracto de la hoja de vida del señor EFRAIN ZAPATA TOBON (archivo 36 fl. 05 a 07), en el que se observan los datos de la compañera permanente del demandante, así:

| <u>INFORMACION DEL CONYUGE ACTUAL(Esposa o compañero (a) permanente)</u> | | | | |
|---|-------------------------------|------------------------|----------------------|---------------------|
| Parentesco | Apellidos y Nombres Completos | Documento de Identidad | Vive | Fecha de Nacimiento |
| COMPAÑERO(A) | OLAYA SAAVEDRA MARGEL | 65759690 | Si | 22 Dic 1973 |
| Clase de Unión | Fecha de Matrimonio | Telefono | Empresa donde Labora | |
| Unión Libre | 19 Feb 2008 | | | |

2.3. Del reajuste salarial del 20%

Al respecto, sea lo primero indicar que con la expedición de la Ley 131 de 1985 se reguló el servicio militar voluntario en Colombia, señalando en el artículo 4º que los soldados voluntarios devengarían una contraprestación por sus servicios, denominada bonificación mensual, la cual sería equivalente a un salario mínimo vigente incrementado en un 60%, así:

“ARTÍCULO 4º. 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.” (Subraya el Juzgado).

Posteriormente con el Decreto Ley 1793 de 2000 <<por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares>>, se creó la categoría de soldados profesionales, y con el Decreto reglamentario 1794 de 2000 se expidió su régimen salarial y prestacional, las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían, tanto de los que ingresan por primera vez, como los que venían con la calidad de voluntarios.



Respecto de la incorporación de los soldados profesionales, esta fue regulada en los artículos 3º a 5º del citado decreto, con vinculación a las Fuerzas Militares que puede realizarse de una de dos maneras; la primera de ellas, corresponde a los soldados profesionales que **ingresaron por primera vez a partir del 1º de enero de 2001**, y la segunda, se refiere a **quienes antes del 31 de diciembre de 2000, se vincularon como soldados voluntarios** en el marco de la Ley 131 de 1985, y posteriormente fueron incorporados como profesionales.

De la disposición enunciada se tiene que el primer grupo de soldados profesionales, los vinculados a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo del 40%, mientras que los del segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

Ante la falta de uniformidad en los pronunciamientos de los Tribunales Administrativos, incluso del mismo órgano de cierre de la jurisdicción, en torno al tema del reconocimiento de la diferencia sobre la base salarial que se debe aplicar a los soldados profesionales, el Consejo de Estado dirimió el debate con sentencia de unificación, el 25 de agosto de 2016¹ con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Bajo la égida de la jurisprudencia de unificación los **soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios** en los términos de la Ley 131 de 1985, tienen derecho a devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% (inciso 2º del artículo 1º del decreto reglamentario 1794 de 2000).

No se puede dejar de lado que esa sentencia unificadora previó que, el ajuste salarial del 60%, a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejados efectos prestacionales y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje.

En el siguiente tenor, y respecto a los aportes para cubrir la seguridad social integral, los artículos 17 y 18 del Decreto 4433 de 2004 y en consonancia con los parámetros

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 25 de agosto de 2016, expediente CE-SUJ2 850013333002201300060 01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

establecidos en la providencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, no sólo la reliquidación de prestaciones sociales por la diferencia existente (20%), sino también surge la obligación de ordenar el descuento indexado del valor correspondiente a los aportes para asignación de retiro con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en aplicación del principio de sostenibilidad financiera de los sistemas de seguridad social, consagrado en la Carta Superior.

Así las cosas, de los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos en precedencia es del caso concluir, que los soldados profesionales que se encontraban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que su asignación básica sea el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, y no en un 40%.

2.4. Subsidio familiar como partida computable para los soldados profesionales.

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

“ARTICULO 1. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

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

“ARTICULO 20. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso. Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia”.

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

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

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares CASADO O CON UNIÓN MARITAL DE HECHO VIGENTE, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”

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

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

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual”.(Subrayas del despacho)”

En aras de eliminar la situación de desigualdad creada en contra de los Soldados Profesionales con la norma previamente referida, el gobierno nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se crea nuevamente el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 y se establece además, que dicha partida será tenida en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro, así:

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

- a) *Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la*

- cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;*
- b) *Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;*
- c) *c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica*

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

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

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

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

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

Para arribar a tal conclusión efectuó el siguiente análisis:

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

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

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

Fue así como el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante Sentencia del 27 de octubre de 2016, C. P. Gabriel Valbuena Hernández, dijo lo siguiente:

“De la norma transcrita se deduce que el subsidio familiar únicamente fue contemplado por el legislador, para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares,

mas no en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, como el demandante; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha dicho que esto constituye un trato diferenciado sin justificación razonable que redunde en una flagrante violación del principio de igualdad. (...)

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

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

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

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

Finalmente, no es posible considerar que una medida regresiva de tal entidad pueda ser proporcional entre el objetivo que perseguía y el medio final empleado, debido a que la previsión no es de aquellas que limita o restringe un derecho y por tanto permita tener un punto de comparación para la aplicación del test de proporcionalidad, toda vez que como se dijo la decisión gubernamental implicó el cercenamiento total del derecho mencionado. Incluso, tal despropósito, carácter desproporcionado de la medida, y afectación al principio de confianza legítima, fue reconocido

posteriormente por el Gobierno Nacional al intentar enmendar el exabrupto constitucional con la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual “se crea” el subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales.

En conclusión, la medida incorporada al ordenamiento jurídico mediante el Decreto 3770 de 2009, que suprime el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados profesionales al revocar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se constituye en regresiva y por tanto carente de legalidad, al no solamente contravenir los principios y normas en los que debería fundarse, sino también porque no es compatible con el contenido esencial de los derechos a la protección y seguridad social, al trabajo, y a la seguridad jurídica, toda vez que su objeto no se encuentra dirigido a promover el bienestar general de los soldados profesionales como integrantes de la fuerza pública en una sociedad democrática.”

2.6. Del reconocimiento y pago de la Prima de Actividad para los soldados Profesionales

El Consejo de Estado en sentencia de 16 de abril de 2009², indicó que la prima de actividad, desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se reconoció como factor de liquidación de las asignaciones de retiro, de acuerdo al porcentaje establecido para los años en los que el interesado estuvo en servicio activo.

Entonces, el Gobierno Nacional en virtud de las facultades otorgadas por el Congreso de la República, fijó el régimen prestacional de la Fuerza Pública y respecto a la prima de actividad determinó su porcentaje, dependiendo de si se trataba de Agente de Policía, Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En ese sentido, esa Alta Corporación en la precitada sentencia realizó un recuento normativo, a partir del Decreto 613 de 1977, que estableció la prima de actividad para oficiales y suboficiales de la Policía Nacional equivalente al 33%, disposición reiterada en los Decretos 2062 de 1984 y 096 de 1989, hasta los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990, que conceden la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, oficiales y suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo y empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, respectivamente.

2.7. Sobre la figura de la excepción de inconstitucionalidad

² C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 2500023250002002101940 (2137-07)

Para dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, se destaca que la misma se desprende del artículo 4º de la Constitución de 1991 y tiene como propósito inaplicar una norma o normas de inferior categoría cuando se logra establecer su oposición con lo regulado por la Constitución Política.

En torno al concepto y alcance de este tipo de excepción, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso.

*Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha definido que «es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella **en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política**».³*

En este sentido, la excepción de inconstitucionalidad consiste en una eficaz herramienta jurídica de protección a los principios de «aplicación directa de la norma fundamental» y de «supremacía constitucional», garantizando (en el caso concreto) la jerarquía, materialidad y aplicación directa de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes normativas.

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa⁴ o a solicitud de parte, y ha dicho la Corte Constitucional, que esta figura procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:⁵

- 1) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que «de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado»;⁶*
- 2) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la*

³ Sentencia SU-132 de 2013.

⁴ Sentencia T-808 de 2007.

⁵ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

⁶ Sentencia T-103 de 2010.

*Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;*⁷ o

- 3) *En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento «iusfundamental»⁸. En otras palabras, «puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales»⁹.*

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.¹⁰ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.¹¹(Negrillas y subrayas fuera del texto).

Cabe precisar que de acuerdo con la jurisprudencia, esta excepción opera en cualquiera de los siguientes eventos: *i)* cuando la norma sea contraria a la constitución y no haya sido retirada del ordenamiento jurídico a través de la acción de constitucionalidad o nulidad (según la categoría de la norma), y deba inaplicarse en caso concreto; *ii)* que la norma reproduzca textos legales que hayan sido objeto de declaratoria de inexecutable o nulidad; y *iii)* cuando la aplicación de la norma en el caso concreto pueda generar un perjuicio, que pese a parecer ajustada a la constitución en el caso que se estudia, su aplicación desconocería normas constitucionales.

Entonces, la excepción de inconstitucionalidad hace parte del control difuso de constitucionalidad, que puede ser aplicado por los operadores jurídicos de oficio o a

⁷ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que «en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).»

⁸ Sentencia T-103 de 2010.

⁹ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

¹⁰ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección "B", sentencia del 26 de junio de 2018, con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente No. 11001-03-25-000-01101 (4970-15). **Las citas 29 a 36 provienen del texto jurisprudencial citado.**

petición de parte y opera cuando resulta **evidente** que la norma que debe aplicarse al caso concreto se opone a los textos constitucionales o afecta derechos fundamentales, cuya inaplicación solo opera *interpartes*, por lo que la norma permanece vigente, sólo que no aplica al caso concreto.

2.8. Del derecho a la igualdad

El artículo 53 de la Carta Magna, establece el principio de la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, principio íntimamente ligado al de igualdad, para concluir que la **remuneración debe ser igual frente al trabajo igual**. Empero, respecto a los regímenes especiales la Corte Constitucional justifica que al existir estos, se trata de la existencia de un factor que permite un trato diferente¹²

Así las cosas, en palabras de la Corte Constitucional: <<Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad>>¹³.

Entonces, la Corte indica que la existencia de los regímenes especiales se justifica en la necesidad de proteger los derechos de un grupo de personas que, por sus especiales condiciones, merecen un trato diferencial al de los demás beneficiarios de la seguridad social. Ahora, si se trata de personas cobijadas bajo un mismo régimen, es necesario acudir al test de igualdad, sin embargo, si los regímenes son diferentes el análisis constitucional se encargará de verificar circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensada por otros beneficios.

El Consejo de Estado, al estudiar la no inclusión de la prima de actividad para los agentes, no representa una vulneración al principio de igualdad, frente a los oficiales y suboficiales de las diferentes fuerzas. En este sentido, indicó:

<<... la Sala precisa que la regulación del régimen prestacional de la fuerza pública se realiza de manera concurrente entre el legislador quien fija las pautas generales, a través de leyes cuadro y el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios lo desarrolla. En efecto, la Ley 4.º de 1992 señaló en el artículo 2 los lineamientos que debe acatar el Gobierno: <i> la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad; j) el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

¹² Sentencia C-229 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Sentencia C-229 de 2011.



De la lectura de estos literales se observa que la remuneración de los miembros de la fuerza pública debe obedecer al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades, por lo que es claro que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones. >>¹⁴

En este sentido, es claro que estamos frente a dos sujetos diferentes dentro de una institución cuyos cargos se encuentran jerarquizados, con diferentes funciones y responsabilidades, lo que impide advertir vulneración alguna al principio de igualdad, pues valga recordar, este derecho se desconoce cuándo a dos individuos con idénticas condiciones se les da un trato diferenciado ante la ley.

Así las cosas, el no reconocimiento de la prima de actividad en favor de los soldados profesionales del Ministerio de Defensa frente a los oficiales y suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se justifica pues no se trata de sujetos que se encuentren en las mismas condiciones, ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para indagar por la posible vulneración del derecho a la igualdad, máxime que obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos.

Por lo anterior, el Despacho no accederá a las pretensiones de la demanda, pues no encuentra razón alguna para inaplicar por vía de excepción del decreto 1794 de 2000.

3. Análisis de los medios de prueba y caso concreto

3.1. sobre la configuración del silencio administrativo negativo

Como primera medida, se tiene que el Soldado Profesional Efraín Zapata Tobón presentó una petición ante el Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, el 2018-10-16 con código Rad. No. 3HSAN6M2EA, que tenía como propósito el reconocimiento del incremento de la asignación salarial del 20% y el reconocimiento de la prima de actividad y reajuste del subsidio familiar.

Sin embargo, no obra en el expediente respuesta por parte de la entidad demandada, guardando silencio respecto a las pretensiones, razón por la cual en el presente caso operó la figura del silencio administrativo negativo a que se refiere el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, de manera que se tiene como configurado el acto administrativo ficto el 16 de enero de 2018, es decir, tres (3) meses después de radicada la petición, respecto

¹⁴ Sentencia C-980 de 2002.



de la solicitud de reconocimiento del reajuste del 20% de la asignación básica mensual y de la prima de actividad.

En ese orden de ideas, del acervo probatorio se establece que:

a) Respecto al reconocimiento del **reajuste salarial del 20%** en la asignación básica mensual del demandante, se probó que su vinculación como soldado profesional, se materializó el 09 de septiembre de 2003, es decir, en vigencia del Decreto 1793 del 2000, sin haber sido soldado voluntario, como se observa a continuación:

EL SUSCRITO OFICIAL SECCIÓN ATENCIÓN AL USUARIO DIPER

H A C E C O N S T A R

Que el señor(a) SOLDADO PROFESIONAL SLP ZAPATA TOBON EFRAIN con CC 5829645, con código militar 5829645, le figura la siguiente información.

Fecha Corte: 16-03-2023

| NOVEDAD | DISPOSICION | FECHAS | | | TOTAL |
|------------------------------------|------------------|------------|------------|------------|----------|
| | | DE | HASTA | AA-MM-DD | |
| SERVICIO MILITAR DIPER | EJC DIRTRA 199 | 26-12-2000 | 16-08-2001 | 05-07-2003 | 01 10 19 |
| ALUMNO SOLDADO PROFESIONAL DIPER | EJC OAP-EJC 1161 | 20-08-2003 | 15-07-2003 | 08-09-2003 | 00 01 23 |
| SOLDADO PROFESIONAL DIPER | EJC OAP-EJC 1200 | 20-09-2003 | 09-09-2003 | 30-11-2021 | 18 02 21 |
| TRES MESES DE ALTA DIPER | EJC OAP-EJC 2063 | 01-11-2021 | 30-11-2021 | 28-02-2022 | 00-03-00 |
| Total tiempos en EJÉRCITO NACIONAL | | | | | 20 06 03 |

Por lo anterior es claro para este Despacho que conforme lo ha indicado el H. Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, la asignación salarial mensual es de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y no se viola del derecho a la igualdad puesto que dichos soldados nunca ejercieron como soldados voluntarios, luego no ingresaron bajo las mismas condiciones que ellos, de ahí la diferencia salarial que se les predica, de otra parte la simple manifestación por parte del libelista de la posible transgresión del derecho a la igualdad, no resulta suficiente para que este Juzgado estudie si la norma comporta un trato discriminatorio, pues el esfuerzo argumentativo se torna más exigente cuando lo que se quiere es concluir que una medida es irrazonable y desproporcionada.

Lo anterior significa que el demandante no tiene derecho a reclamar que su remuneración se calcule sobre un salario mínimo más el 60%, toda vez que, el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, establece que sólo tienen derecho a la dicha remuneración, aquellos soldados voluntarios que se incorporaron como Profesionales y que se encontraban vinculados al Ejército Nacional al 31 de diciembre de 2000 y estaban amparados por el régimen señalado en la Ley 131 de 1985, es decir, únicamente aplica a ese personal y no al que se incorporó con posterioridad a la fecha anotada.



Para el Despacho, la diferencia establecida por la norma para remunerar a los soldados voluntarios y a los profesionales en los términos que han quedado expuestos no constituye un trato inequitativo entre uniformados que desempeñan las mismas funciones, sino el reconocimiento que hace el legislador de los derechos adquiridos que tienen quienes vienen vinculados en la calidad de Soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000.

Por lo tanto, la diferenciación en la asignación básica encuentra justificación legal y constitucional en la medida que se garantiza que una reforma de la planta de personal de la Fuerza Pública como la contenida en los referidos Decretos no afecte derechos que se vienen ejerciendo con anterioridad y que los Jueces de esta Jurisdicción debieron reconocer, pese al tenor literal de la norma que establece con claridad lo que debe devengar uno y otro grupo.

En consecuencia, no prosperará esta pretensión y así se precisará en la parte resolutive de este fallo.

b) De otra parte, respecto de **la prima de actividad** solicitada, como se indicó en el acápite de consideraciones, esta será negada, en razón a que el régimen salarial que ostenta al actor no contempla el reconocimiento y pago de tal prima, lo que no implica la violación al derecho de igualdad, puesto que dichos soldados no tienen el mismo nivel de jerárquico, ni desempeñan las mismas funciones que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Cabe señalar que la sentencia C-057 de 2010 de la Corte Constitucional, abordó el tema de la diferenciación de los grupos que el accionante pretende comparar, es decir, Soldados Profesionales, Oficiales y Suboficiales, concluyendo que: *“(...) Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta. (...) Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos. (...)”*

Además, en dicha providencia la Corte resaltó que “(...) *Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que, en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. **Los oficiales** son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a **los suboficiales** les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. (...). Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los **regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones**. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes. (...)*” (negrilla del Despacho).

Con base en lo anterior, puede concluirse que el acto administrativo atacado ficto se ajusta a la normatividad invocada, el régimen salarial y prestacional de los Soldados consagrado en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, como allí se indicó.

c) Respecto al reconocimiento y pago del **subsidio familiar** de conformidad a lo dispuesto en el Decreto 1794 del 2000, se encuentra probado lo siguiente:

✓ Que, con la certificación de nómina, visible en el archivo 36 fl. 08 del expediente digital, se observa que al demandante se le reconoce una partida de subsidio familiar del 4%, conforme a lo normado en el Decreto 1161 de 2014 así:

QUE EL SEÑOR SLP EFRAIN ZAPATA TOBON IDENTIFICADO CON CC No. 5829645 ORGANICO DE BATALLON DE OPERACIONES TERRESTRES #17 CON CODIGO MOCE Y CON CODIGO MILITAR 5829645 EN LA NOMINA MENSUAL SOLDADOS FEBRERO DE 2022 SE LE PRESUPUESTARON 29 DIAS EN BATALLON DE OPERACIONES TERRESTRES #17 CON LOS SIGUIENTES HABERES :

| DEVENGADO | PORC | VALOR | DESCUENTO | COD. | INICIO | TERMINO | VALOR |
|---------------------|------|-------------------|-----------------------|------|--------|---------|--------------|
| SUEL_BASICO | | 1,353,333.33 | ASOCIACION DEFENSORIA | 9158 | 202202 | 202202 | 13,300.00 |
| SEGVIDSUBS | | 14,525.10 | PREVISORASASUB | 981K | 202202 | 202202 | 14,525.10 |
| PRSOLVOL | 58.5 | 791,700.00 | APORTE CAJA DE RETIRO | 9105 | 202202 | 202202 | 83,000.00 |
| SUBFAMILIAR | 4 | 845,833.33 | SISTEMA SALUD FFMM | 9101 | 202202 | 202202 | 88,000.00 |
| TOTAL DEVENGADO | | 3,005,391.76 | REINTEGRO-NAVID | 9115 | 202201 | 202202 | 575,000.00 |
| | | | BANCOBBVA | 9801 | 201912 | 202711 | 1,310,820.00 |
| | | | TOTAL DESCUENTOS | | | | 2,084,645.10 |
| RESUMEN | | | | | | | |
| TOTAL DEVENGADO | | 3,005,391.76 | | | | | |
| TOTAL DESCUENTOS | | 2,084,645.10 | | | | | |
| TOTAL EMBARGOS | | | | | | | |
| NETO A PAGAR | | 920.746.66 | | | | | |

✓ Consta en la hoja de vida del demandante, que los señores Efraín Zapata Tobón y Margel Olaya Saavedra constituyeron Unión Marital de Hecho desde el 19 de febrero de 2008.



INFORMACION DEL CONYUGE ACTUAL (Esposa o compañero (a) permanente)

| Parentesco | Apellidos y Nombres Completos | Documento de Identidad | Vive | Fecha de Nacimiento |
|----------------|-------------------------------|------------------------|----------------------|---------------------|
| COMPAÑERO(A) | OLAYA SAAVEDRA MARGEL | 65759690 | Si | 22 Dic 1973 |
| Clase de Unión | Fecha de Matrimonio | Telefono | Empresa donde Labora | |
| Unión Libre | 19 Feb 2008 | | | |

✓ Mediante petición del 2018-10-16 con código Rad. No. 3HSAN6M2EA, el demandante solicitó entre otros, el reconocimiento y pago del subsidio familiar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, desde el día que constituyó su unión marital de hecho, lo cual fue negado por la entidad.

Pretende en el presente asunto el demandante que, a partir del 19 de febrero de 2008, fecha en la que, según la hoja de vida antes mencionada, constituyó unión marital de hecho con la señora Margel Olaya Saavedra, se le aplique lo previsto en el Decreto 1794 de 2000, que en su artículo 11 establecía un subsidio familiar correspondiente al cuatro **(4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.**

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

*“...Sin embargo, la Sala considera prudente reiterar que conforme con su inveterada y pacífica jurisprudencia, es claro que la nulidad de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado, por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto. **Por lo tanto, si se declara la nulidad de un acto administrativo que había derogado o revocado otro acto administrativo, la consecuencia es que el acto revocado o derogado cobra nuevamente vigencia, incluida su presunción de legalidad**¹⁵ .*

*Sobre los efectos de los fallos de nulidad, también ha sido abundante la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son **ex tunc**, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la*

¹⁵ Consejo de Estado. Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016.

Expediente: 41001-23-33-000-2012-00238-01(0798-14). M.P. William Hernández Gómez

decisión que en esta última se tome¹⁶. Es así que respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, se reitera, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las “afecta”, de manera inmediata¹⁷

Lo dicho quiere significar que solo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de debate en sede administrativa, ora porque estuvieren demandadas o pudieren serlo ante la jurisdicción contencioso administrativa entre el momento de la expedición del acto y la sentencia proferida. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta que “la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado”¹⁸

(...)

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

(...)

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

Por consiguiente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, “revive” los preceptos derogados, es decir, produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado “reviviscencia”.

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

¹⁶ Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

¹⁷ Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de abril de 1991. Rad. 3151. Sentencia del 23 de marzo de 2001. Rad. 11598. M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

2014, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas...”. (Negrillas fuera de texto).

De lo anterior es dable colegir que en el presente asunto debemos tener en cuenta que el demandante no tenía una situación jurídica consolidada antes de la expedición del mentado Decreto 1794 de 2000, así mismo que a lo largo del proceso ha manifestado que cumple con los requisitos para acceder al subsidio familiar, los cuales tanto para el Decreto 1794 de año 2000 y el Decreto 1161 de 2014 son similares, a saber:

- ✓ Ser soldado profesional o infante de marina profesional.
- ✓ Estar casado o con unión marital de hecho vigente.
- ✓ Y, tener hijos (No es un requisito per se, sino un incremento en el subsidio reconocido).

Conforme a lo allegado al libelo probatorio y lo dicho anteriormente se tiene que el demandante fue vinculado como soldado profesional desde el 09 de septiembre de 2003, con lo cual se estaría dando cumplimiento al primer requisito para ser beneficiario del subsidio familiar.

Así mismo se encuentra probado que desde el 19 de febrero de 2008, mantiene una unión marital de hecho con la señora Margel Olaya Saavedra, por lo que surge para el actor el derecho al reconocimiento del subsidio familiar en la forma prevista en el artículo 11 del mentado Decreto 1794 de 2000, **equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.**

Cabe aclarar que, la entidad demandada en su contestación no presentó argumentos de defensa con la pretensión relacionada con el Subsidio Familiar, y aunque el demandante ya goza del subsidio familiar; este Despacho ordena su reconocimiento, con base en la norma aplicable contenida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que se reitera recobró su vigencia con la declaratoria de nulidad de la norma que lo había derogado.

De acuerdo con lo anterior, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado y en consecuencia se ordenará a la demandada Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional que proceda a pagar a favor del actor, el subsidio familiar conforme a lo determinado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del 19 de febrero de 2008, y hasta la fecha de retiro de la institución, pudiendo descontar de este valor las sumas que ya le fueron canceladas por este concepto.



En igual sentido, resulta pertinente ordenar la liquidación de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000, desde el 19 de febrero de 2008. Y en adelante.

3.1. Indexación

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

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

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Con relación al pago de intereses moratorios, los mismos quedan supeditados a los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

3.2. De la prescripción

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas se encuentra que:

3.2.1. El 08 de junio de 2017, a través de sentencia judicial se declaró la nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009.

3.2.2. El actor el 16 de octubre de 2018, solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme al Decreto 1794 de 2000.

3.2.3. La demanda fue presentada el día 28 de septiembre de 2020.

Así las cosas, como quiera que solamente a partir de la decisión judicial que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, el actor tuvo una expectativa real frente al reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y como quiera que la petición que dio origen a la actuación administrativa se presentó el 16 de octubre de 2018 y la demanda el 28 de septiembre de 2020, deberá concluirse que en este caso no operó el fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 174 del Decreto 1990.

3.3. De la condena en costas



Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA⁹, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo pasivo y aun cuando la parte activa solicitó en sus pretensiones que se le condene en costas, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2º del artículo 367 del CGP¹⁰ y el numeral 8º del artículo 365¹¹ del mismo estatuto, estas deben ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios **verificables** y solo habrá lugar a ellas **cuando aparezcan causadas y en la medida de su comprobación**, y en el presente asunto, la parte interesada no demostró su causación, por lo que, no se accederá a ellas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022¹², en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

<<No procede la condena en costas, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, requisito que no se cumple en este asunto>>.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, D.C, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR la ocurrencia del silencio administrativo negativo respecto de la **petición del 16 de octubre de 2018, con código 3HSAN6M2EA**, en lo que hace referencia a las solicitudes de reconocimiento de incremento salarial del 20% del salario y la prima de actividad, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional**, que proceda a reconocer y pagar a favor del demandante **Efraín Zapata Tobón**, la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1974 de 2000, a partir del 19 de febrero de 2008 y hasta la fecha, **pudiendo descontar de este valor las sumas que ya le fueron canceladas por este concepto al señor Zapata Tobón**, habida cuenta que a partir de la vigencia del



Decreto 1161 de 2014, al mismo se le reconoció hasta la fecha de su retiro la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en el artículo 1º.

TERCERO: La Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional **PAGARÁ** a favor del actor, las diferencias a que haya lugar, con ocasión de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000, desde el 19 de febrero de 2008 y en adelante.

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

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: NO CONDENAR EN COSTAS de esta instancia, conforme a las consideraciones expuestas.

SÉPTIMO: REMÍTASE copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

notificaciones@wyplawyers.com;

archivo@mindefensa.gov.co;

Notificaciones.Bogota@mindefensa.gov.co;

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

NOVENO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

Juez



Referencia: 110013335 009 2020-00262 00
Demandante: Efraín Zapata Tobón
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional
Pág. No. 30

KTMC