



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO:** *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*  
**RADICACIÓN No.:** *110013335012-2019-00142-00*  
**ACCIONANTE** *PEDRO ANTONIO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ*  
**ACCIONADA:** *NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL  
EJÉRCITO NACIONAL*

**ACTA 079-2022  
AUDIENCIA DE PRUEBAS  
ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO  
ARTICULOS 181 y 182 LEY 1437  
DE 2011**

*En Bogotá D.C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las ocho y media de la mañana (08:30 a.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretaria ad hoc constituyó audiencia pública en la sala de audiencia virtual en la plataforma de Lifesize, con la asistencia de los siguientes:*

**INTERVINIENTES**

**PARTE DEMANDANTE:** *apoderado de la parte demandante SANTIAGO ANDRÉS DÍAZ ORJUELA* identificado con cédula de ciudadanía No. 1.030.644.828 y T.P. 313283 del C.S. de la J.

**PARTE DEMANDADA:** *No compareció el apoderado de la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL*

*Verificados los antecedentes del apoderado, no aparece registrada sanción alguna en su contra y su tarjeta profesional se encuentra vigente.*

**PRESENTACION DE LA AUDIENCIA**

*Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 181 y 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:*

- I. Saneamiento del proceso*
- II. Decreto de pruebas*
- III. Alegaciones finales*
- IV. Decisión de fondo.*

## **I. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

*De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del CPACA y con el fin de evitar sentencias inhibitorias, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso. Para tal efecto, se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.*

*Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el despacho tampoco observa causales de nulidad, se da por agotada esta etapa.*

### **DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

## **II. PRUEBAS**

*En audiencia de pruebas celebrada el 23 de julio de 2021, el Despacho requirió a la entidad demandada para que allegara las certificaciones de quienes figuran como beneficiarios en el sistema de salud del señor Pedro Antonio Hernández Martínez, a partir del 1 de abril del año 2009 hasta el primer semestre del año 2014.*

*En providencia de 28 de marzo de 2022 se requirió a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional para que dentro del término de cinco (5) días allegara la prueba requerida.*

*Mediante correo electrónico recibido el mismo 28 de marzo, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional dio respuesta a la petición.*

*Como anexo de la contestación se allegan las certificaciones de tiempo de afiliación Nro. 976915, 976917, 976937 y 976940.*

*Así las cosas, este Despacho cierra el periodo probatorio.*

### **DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

## **III. ALEGACIONES FINALES**

*A continuación, se corre traslado a las partes para que se presenten alegatos de conclusión. Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.*

### **DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

## **IV. FALLO**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

*Determinar: (i) si al demandante en condición de soldado profesional le asiste derecho al reajuste del subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000*

y, en caso afirmativo, desde qué fecha. (ii) Si en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 1211 de 1990, es viable el reconocimiento de la partida prima de actividad.

## **CONSIDERACIONES**

### **De la prima de actividad en servicio activo.**

En el Decreto 1794 de 2000 no se estableció como partida salarial de los soldados profesionales la prima de actividad. En el Decreto 4433 de 2004, tampoco se consignó esta partida como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales. Sin embargo, dicha prestación si se contempla en el Decreto 1211 de 1990 para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo.

Sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia del 24 de junio de 2021, realizó el test de igualdad a esta diferencia y concluyó:

*“De esta forma, 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.”<sup>1</sup>*

### **Subsidio Familiar**

El Decreto 1794 de 2000 en su artículo 11 establecía el subsidio familiar en los siguientes términos:

*“Artículo 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 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.”*

---

<sup>1</sup> Radicación número 52001-23-33-000-2017-00665-01 (5170-19) Consejero Ponente William Hernández

Posteriormente el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, fue derogado por el Decreto 3770 de septiembre de 2009, siendo este declarado nulo por el Consejo de Estado.

Mediante Decreto 1161 de 2014, se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones.

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

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

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

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

*PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.*

*PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.*

*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”.*

Mediante sentencia de unificación SUJ2-015 de 2019 el Consejo de Estado estableció:

*“182. Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre”.*

## **CASO CONCRETO**

De las probanzas aportadas al proceso, se encuentra acreditado que el señor Pedro Antonio Hernández Martínez, fue aceptado como soldado voluntario desde el primero

de abril de 2000 al 31 de octubre de 2003. A partir del 01 de noviembre de 2003 hasta la fecha, se desempeña como soldado profesional (conforme certificación expedida el 4 de octubre de 2018). Es decir, su vinculación al Ejército Nacional fue regida inicialmente por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985 y posteriormente por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

También se encuentra acreditado, que el 17 de septiembre de 2018, el demandante a través de derecho de petición solicitó al Ministerio de Defensa Nacional - Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional el reconocimiento y pago de la prima de Actividad en la asignación salarial mensual en aplicación del derecho a la igualdad, junto con el retroactivo que se le adeuda por este concepto, desde su ingreso a la institución. Igualmente, reclamó el reconocimiento del Subsidio Familiar con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde abril de 2009, fecha en que a su juicio adquirió el derecho, junto con el pago de la diferencia que se genere a partir de la fecha en que le fue reconocido en cuantía inferior a la norma citada.

### **Sobre la prima de actividad**

El Despacho denegará el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad en servicio activo. En primer lugar, porque dicha partida y/o factor salarial no es reconocida para los soldados profesionales conforme a lo dispuesto por el Decreto 1794 de 2000. En segundo término, porque la jurisprudencia de la Alta Corporación administrativa ya definió, con carácter vinculante, la constitucionalidad del tratamiento diferente que se otorga a los soldados frente a los oficiales y suboficiales en esta materia, para lo cual aplicó el test de igualdad.

### **Sobre el reajuste del subsidio familiar**

En lo referente al subsidio familiar, conforme a las pruebas allegadas, el soldado profesional Pedro Antonio Hernández Martínez se encuentra en servicio activo, según certificación que reposa a folio 18 y la cual presenta fecha de expedición de octubre 4 de 2018. Igualmente, en el oficio Nro. 20183111820701 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER- del 24 de septiembre de 2018, expedido por la Sección Ejecución Presupuestal Comando de Personal del Ejército Nacional, se indica que al actor se le reconoció el 23% del subsidio familiar, mediante Orden Administrativa de personal No. 1956 de septiembre 30 de 2014 con novedad fiscal de julio 15 de 2014, discriminado así: 20% corresponde a unión marital con la señora Rosa Stella Castillo Castañeda, 3% a la hija menor Hanna Valentina Hernández Castillo. Lo anterior se corrobora con el certificado de la nómina mensual de octubre del 2018, visible a folio 19 en el cual se observa que devengaba el subsidio familiar en un 23%.

Revisado el oficio Nro. 20183111820701 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER- del 24 de septiembre de 2018 se constata que el reconocimiento del subsidio familiar se expidió bajo el ordenamiento jurídico del Decreto No. 1161 de 2014.

En el de fallo del 8 de junio de 2017, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, al considerar que se había vulnerado el principio de no regresividad de los derechos laborales. Los efectos de la sentencia fueron ex tunc, lo que significa que operó para todas las situaciones jurídicas

no consolidadas y por lo tanto se tendría el Decreto 3770 como si nunca hubiese existido.

*En consecuencia, es evidente la afectación al principio de igualdad de los soldados que adquirieron los requisitos para acceder a la prestación subsidio familiar con anterioridad a la vigencia del Decreto 1161 de 2014, como es el caso del demandante y que solo pudieron elevar la solicitud de reconocimiento bajo los términos del Decreto 1794 de 2000, con posterioridad a la sentencia del 8 de junio de 2017 que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009. Existe discriminación porque el subsidio se les reconoce con un porcentaje máximo del 26% cuando los supuestos fácticos del reconocimiento se dieron en vigencia del Decreto 1794 de 2000 y por lo tanto debió haberseles reconocido como a los demás beneficiarios de este Decreto en un porcentaje equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

*Por esta razón se procederá a declarar la nulidad del acto impugnado en cuanto negó el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 de 2000.*

*Solicita el demandante que se le reliquide retroactivamente el subsidio familiar desde el 1° de abril de 2009, fecha en la cual manifiesta inició su unión marital de hecho con la señora Rosa Stella Castillo Castañeda, según declaración extrajuicio con fecha de 29 de julio de 2014, visible a folio 21 del expediente. No obstante, para esta censora esta declaración no ofrece una certeza suficiente de la fecha en que ocurrió el hecho generador, es decir, de la fecha en que realmente se constituyó la unión marital de hecho. Por el contrario, la prueba idónea para demostrar el inicio de la unión marital de hecho en el presente caso es la certificación de beneficiarios del sistema de salud del actor. En el certificado Nro. 976937 del 29 de marzo de 2022 se observa como beneficiaria a la señora Rosa Stella Castillo Castañeda en calidad de compañera con fecha de ingreso desde el 15 de febrero de 2012.*

*Es preciso aclarar que, si bien el Decreto 1794 de 2000 requería para el reconocimiento del subsidio que se le elevara la respectiva petición, este Despacho no puede exigir el cumplimiento de este requisito porque entiende que al no existir norma vigente que permitiera el reconocimiento del derecho, el demandante no tenía la posibilidad de solicitarlo. De manera que la omisión de la solicitud es atribuible a la nueva reglamentación y no a la falta de diligencia del actor pues resulta acorde con las reglas de la lógica inferir que representando el subsidio un aumento significativo de su salario era de su interés recibirlo.*

*Finalmente se ordenará el ajuste de las prestaciones que resulten afectadas con los reconocimientos hechos en esta sentencia y se ordenará a la entidad demandada efectuar las deducciones de las sumas que se hayan cancelado por concepto del subsidio necesarias para el pago de los aportes conforme al artículo 18 del Decreto 4433 de 2014. Dichas sumas deberán ser indexadas en los términos del artículo 187 del CPACA.*

### **Prescripción del subsidio familiar**

*El Despacho no tendrá en cuenta para contabilizar la prescripción el 17 de septiembre del 2018, fecha en que el accionante presentó la petición, por las siguientes razones:*

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 disponen en relación con los derechos laborales: “Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”. De manera que el prerrequisito para la aplicación de la prescripción es que el derecho se pueda exigir.

En el caso que nos ocupa, el reconocimiento del subsidio familiar fue exigible en vigencia del Decreto 1794 del 2000, hasta cuando lo derogó el Decreto 3770 del 2009. Sin embargo, este último fue declarado nulo con efectos *ex tunc*, por el Consejo de Estado, en sentencia del ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017)

*“..la Sala estima que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009 resultan ser contrarias a los fines esencial del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulneran los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social; de raigambre constitucional e introducidos por los tratados y pactos internacionales suscritos por Colombia, así como las previsiones establecidas en la Ley 4 de 1992.”*

Con anterioridad a esta sentencia resultaba imposible al soldado reclamar el reconocimiento del subsidio por el periodo 2009-2014, esto es, desde la expedición del Decreto 3770 del 2009 hasta la del Decreto 1161 del 2014.

Para este Despacho, declarada la nulidad de la norma, con efectos *ex tunc*, sería una burla a los derechos fundamentales protegidos en dicho fallo, que no se reconociera el subsidio familiar a quienes consolidaron su derecho en vigencia del Decreto 3770. En este escenario, se generan dos situaciones jurídicas diversas:

El derecho al reconocimiento para quienes demuestren haber cumplido con los requisitos legales durante el periodo 2009-2014, la prescripción debe contada desde la ejecutoria de la sentencia del 8 de junio del 2017.

El derecho para quienes cumplieron con los requisitos para reclamar el subsidio antes de Decreto 3770 del 2009 y no lo gestionaron. Para ellos el término de prescripción desde la ejecutoria de la sentencia del 8 de junio del 2017 no opera, pues deben asumir la responsabilidad por su falta de gestión.

En el caso de autos, como ya se dijo, en el certificado Nro. 976937 del 29 de marzo de 2022 se registró como beneficiaria del sistema de salud del actor a la señora Rosa Stella Castillo Castañeda desde el 15 de febrero de 2012. En consecuencia, la entidad demandada deberá reconocer el subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 del 2000 desde el 15 de febrero de 2012 y reajustar las sumas que viene cancelando, en los términos de esta misma norma.

Teniendo en cuenta que el actor presentó derecho de petición en sede gubernativa el 17 de septiembre de 2018, esto es, dentro de los tres años siguientes a la ejecutoria del fallo que declaró la nulidad del Decreto 3770 del 2009 no operó la prescripción de sus derechos.

## **INDEXACIÓN**

Los valores resultantes serán ajustados con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el subsidio familiar y las asignaciones que deben reliquidarse, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

## **CONDENA EN COSTAS**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo. En este orden de ideas no se condena en costas teniendo en cuenta que prosperan parcialmente las pretensiones del actor.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 20183111820701 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 24 de septiembre de 2018, que negó el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar.

**SEGUNDO. CONDENAR** al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a reconocer y pagar el subsidio familiar del señor Pedro Antonio Hernández Martínez desde 15 de febrero de 2012, debiendo aplicar el porcentaje establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. En consecuencia, reliquidar la asignación salarial y prestacional que viene cancelando, con base en esta partida.

La entidad deberá hacer las deducciones de las sumas que se hayan cancelado por concepto del subsidio y las necesarias para el pago de los aportes.

**TERCERO. DENIEGUESE** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO.** La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA.

**QUINTO.** Sin condena en costas

**SEXTO. NO HAY LUGAR** a liquidación de remanentes.

**SEPTIMO. EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHÍVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

**DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS<sup>2</sup>.**

No se interpusieron recursos.

Secretaria Ad Hoc Greissy Fernanda Palacios Moreno

Firmado Por:

Yolanda Velasco Gutierrez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
Sala 012 Contencioso Admsección 2  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **b2aaad56cc284abf7b8a96d9962abd1ee2ad697e61ef5e673a8c3c3426a9211f**

Documento generado en 28/04/2022 02:13:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

---

<sup>2</sup> <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/abc9ed9b-cafb-4077-a4c8-1012c6da51b6?vcpubtoken=e0afecdb-6a4b-4bd2-81cd-96f236d9309a>