

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD  
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SECCION SEGUNDA**



Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación.	11001-33-35-013-2019-00409-00
Proceso:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	JOSE LEONARDO NEMPEQUE HERRERA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL
Asunto:	Auto resuelve recurso de apelación y en subsidio reposición

*De conformidad con el informe secretarial que antecede, corresponde al Despacho decidir sobre la procedencia del recurso **APELACION**, en subsidio al de **REPOSICION**, interpuestos por el apoderado de la parte demandante, contra el auto del 10 de septiembre de 2021, por medio del cual se negaron unas pruebas.*

**ANTECEDENTES**

**1. El auto objeto de recurso.**

*Mediante providencia del 10 de septiembre de 2021, este despacho prescindió de la audiencia inicial, admitió e incorporó las pruebas documentales allegadas por las partes, negó las documentales para oficiar y las testimoniales solicitadas por la parte demandante, se abstuvo de citar a audiencia de pruebas, fijo el litigio y corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión.*

*La negativa de las documentales para oficiar se basó en que las solicitadas por la parte demandante resultaban impertinentes e innecesarias dado que las mismas no guardaban relación con el objeto de la litis, y las aportadas con la demanda eran suficientes para adoptar decisión de fondo. La de las testimoniales en que eran inconducentes, en tanto no era el medio de prueba idóneo para esta clase de controversia y porque para resolver de fondo el presente asunto solo era necesaria la prueba netamente documental obrante en el proceso.*

**2. Los fundamentos el recurso.**

*Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso “RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO DE REPOSICIÓN”, argumentando en resumen lo siguiente:*

*I) En razón a que la motivación del rechazo de la prueba testimonial no era clara o exhaustiva, pues no se explicaba en el auto objeto de recurso el análisis del hecho que se pretende probar, del medio de prueba que se utiliza, y como el ordenamiento jurídico prohíbe que ese hecho sea probado con el medio de prueba invocado. Adicional en atención a que mediante ese tipo de prueba se pretende demostrar las condiciones establecidas en la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU 519/97, en lo que concierne a la igualdad material de las funciones de los soldados que fueron voluntarios y los que no.*

*II) En atención a que la entidad demandada no ha cumplido a cabalidad con lo ordenado por este despacho en cuanto a los antecedentes administrativos, en tanto no se aportó la OAP que le reconoció el subsidio de familiar al demandante con todos los documentos que soportan tal reconocimiento.*

*III). Respecto a la fijación del litigio, en consideración a que en este punto corresponde al Despacho indicar sobre cuales hechos de la demanda se presenta controversia, y sobre cuáles no, para delinear el camino judicial a seguir en términos probatorios. Así determinar si el problema jurídico debe ser resuelto a favor del demandante o del demandado, pues solo con base en hechos probados, es que se puede conceder o no el derecho pedido.*

### **3. Trámite del recurso**

*De los citados recursos, se corrió traslado por el término de 3 días, del 9 al 11 de noviembre de 2021, mediante fijación en lista de fecha del 8 de noviembre de 2021.*

*Con escrito del 11 de noviembre de 2021, el apoderado de la entidad demandada recorrió el traslado del recurso interpuesto solicitando se confirme la decisión proferida por este Despacho en atención a que si bien el auto proferido el 10 de septiembre de 2021, no explica taxativamente las razones por las que se negó la práctica e pruebas testimoniales, también es cierto que para el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, así como el reconocimiento y pago de la*

*prima de actividad y el subsidio de familiar no resultaría idóneo recibir o aceptar la práctica de una testimonial, según la doctrina y la jurisprudencia y, en consecuencia no es conducente para el caso concreto. Y en los que respecta a la prueba documental del subsidio familiar, dicho documento tiene reserva legal, y únicamente se puede evidenciar en circunstancias estrictamente administrativas o disciplinarias, razón por la que este documento no puede hacer parte del acervo probatorio, dado que también resulta inconducente para llevar al juez de conocimiento o acreditar lo solicitado por el accionante.*

## **CONSIDERACIONES**

*En relación con la procedencia del recurso de reposición, el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el 242 de la Ley 1437 de 2011, establece:*

“(...)

**ARTÍCULO 61.** Modifíquese el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 242.** Reposición. El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.

(...)” -Negrilla y subraya fuera de texto-

*A su turno, el artículo 318 del Código General del Proceso, señala el término para interponer el recurso de reposición, así:*

“(...)

**Artículo 318. Procedencia y oportunidades.** Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto.

**Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.**

(...)” -Subraya y negrilla fuera de texto-

*A su turno, el artículo 243 del C.P.A.C.A, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, establece los autos que son susceptibles del recurso de apelación, de la siguiente manera:*

“ (...)

**ARTÍCULO 243. Apelación.** Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

(...)

**7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.**

PARÁGRAFO 1o. El recurso de apelación contra las sentencias y las providencias listadas en los numerales 1 a 4 de este artículo se concederá en el efecto suspensivo. La apelación de las demás providencias se surtirá en el efecto devolutivo, salvo norma expresa en contrario.

(...).-Negrilla fuera de texto

*Entonces, teniendo en cuenta que conforme a la normatividad antes reseñada, el recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma en contrario resulta claro que contra el auto objeto de impugnación en este caso, resulta viable el **recurso de reposición**, interpuesto subidiriamente al de apelación.*

*Es así que, proferido el auto el 10 de septiembre de 2021, y notificado por estado el 13 siguiente, el término de ejecutoria corrió del 14 al 16 de septiembre de 2021, por lo que presentado el recurso de apelación el 15 de septiembre a las 5:15 p.m., se entiende que el mismo fue interpuesto en tiempo al día siguiente hábil.*

*Una vez establecido lo anterior, corresponde al Despacho resolver la inconformidad de la parte recurrente, en los siguientes términos:*

*l) Respecto al primer punto relacionado con la falta de motivación frente a la prueba testimonial solicitada en la demanda, este despacho debe manifestar que contrario a lo manifestado por el censor, dicha decisión no carece de motivación, pues la falta de motivación no se puede medir en la extensión o concreción de los argumentos, sino que la verdadera motivación se sustenta en la contudencia de los mismos. Por ello, aunque en el auto recurrida no se hubiese expuesto la argumentación teórica de los conceptos de conducencia, pertinencia y utlidad de la prueba, no significa que dichos conceptos no se tuvieron en cuenta en la negativa*

*dicha prueba, tan es así que se realizó la adecuación fáctica a la descripción teórica de los presupuestos de conducencia y utilidad, al punto de indicarse que no era idónea la prueba testimonial para demostrar ese tipo de controversias, sino la documental, dado que los reajustes del salario del 20%, el subsidio familiar y reconocimiento de la prima de actividad reclamados, descieden a una discusión del orden constitucional y legal, y además al tratarse asuntos de puro derechos no requieren ningun otra clase de prueba distinta a la documental que demuestre la vinculación, el cargo y el grado que ostenta el demandado.*

*Y para determinar un test igualdad, y la aplicación de las excepciones de constitucionalidad o convencionalidad, no es necesario demostrar las funciones desempeñadas por el demandante como soldado profesional, a través de prueba testimonial, ni con prueba documental, ni con muchos informes rendidos por la entidad demandada, ya que las mismas devienen de Constitución Política y de la ley, por ende, no requieren demostración alguna, por tratarse de normas de orden nacional.*

*Por lo tanto, no se repondrá el auto del 10 de septiembre de 2021, en lo que concierne a la negativa del decreto de prueba testimonial y documental respecto de la prueba por informe.*

*II) Ahora en lo que tiene que ver con el segundo punto, referente al hecho de que no fue allegado en forma completa el expediente administrativo del demandante, al no arrimarse el acto de reconocimiento del subsidio familiar, se determina que contrario a ello, a folios 96 a del expediente digital se hallan las ordenes administrativas de personal Nos 2053 del 30 de septiembre de 2014 y 1632 del 30 de junio de 2018 por medio de la cuales se crearon novedades en cuanto al subsidio familiar de unos soldados, en entre los cuales, se encuentra el señor NEMPEQUE HERRERA, por lo que tampoco se repondrá el auto en lo que tiene que ver con este aspecto.*

*iii) En relación con la fijación del litigio, si bien el auto del 10 de septiembre de 2021, no hizo indicación expresa de los hechos probados y de los no probados como regularmente se hace en la audiencia inicial, ello no quiere decir, que sobre los mismos no se haría mención al momento de dictar la sentencia anticipada por escrito, pues es allí el escenario ideal para cotejar y valorar los mismos.*

*Sin embargo, como en la fijación del litigio por razones de economía procesal, solo se hizo mención a los extremos de la litis enmarcado netamente en las pretensiones a resolver, sobre las cuales se haría pronunciamiento teniendo en cuenta tanto los hechos como la oposición efectuada en la contestación a las mismas, el despacho en aras de brindar mayor claridad dispondrá complementar el litigio en los siguientes aspectos:*

***-RESPECTO A LOS HECHOS:***

*Se debe mencionar que como la entidad demanda acepta expresamente algunos de los hechos manifestados en la demanda, y otros no, se tendrán **por probados** aquellos en los que se **presenta acuerdo, y como no probados, en los que se plantea desacuerdo** , de la siguiente manera:*

***-SE PRESENTA ACUERDO – HECHOS PROBADOS:***

*1. Concerniente a que el señor JOSE LEONARDO NEMPEQUE HERRERA es soldado profesional del ejército nacional en servicio activo.*

*4. Referente a que el demandante elevó derecho de petición ante la entidad demandada bajo el radicado WTULIMUL2P del 2018-10-18, a fin de se le reconociera la diferencia salarial del 20%, la prima de actividad, y el reajuste del subsidio de familiar.*

*8 Referente a que a través de derecho de petición radicado en la página web de la entidad demandada, bajo el No, v3BADQJ184, se le realizó consulta a la entidad demandada, sobre las funciones y diferencias de los soldados profesiones y voluntarios.*

***- SE PRESENTA DESACUERDO – HECHOS SUJETOS A PRUEBA***

*2. Referente a que el demandante es discriminado por la institución ya que no recibe un salario justo conformado por el salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60% como si lo tienen los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios.*

*3. Relacionado con que al 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, pero aun el demandante en calidad*

*de soldado profesional, es discriminado por la entidad al no reconocerle y pagarle la prima de actividad.*

*5 Concerniente a que la entidad demandada guardo silencio, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la diferencia salarial del 20%; reconocimiento y pago del subsidio de familiar, con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000; y el reconocimiento y pago de la prima de actividad, configurándose el silencio administrativo negativo.*

*6 Relativo a que los documentos solicitados en el referido derecho de petición no fueron entregados.*

*9. Relacionado con que la anterior petición fue resuelta mediante los oficios:00383: MDN-CGFMCOEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 DEL 30 DE JULIO DE 2018 y Z018313133Z691: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-SJU-1.9 del 13 de julio de 2018.*

*10. Concerniente a que en fecha 2018-11-06 solicitó a la entidad demandada prueba por informe, sobre las funciones asignadas a cada uno de los miembros de las Fuerzas Militares, en especial del Ejército Nacional bajo el No. LEILIXMSYS*

*No se tendrá como hecho propiamente dicho, el del numeral 7, relacionado con el último lugar de prestación de servicios del demandante fue la ciudad de Bogotá, dado que esta información fue tenida en cuenta para efectos de determinar la competencia territorial.*

***-LITIGIO:***

*Consiste en establecer si es procedente o no declarar la nulidad del acto ficto negativo derivado del silencio administrativo proveniente del derecho de petición radicado el 18 de octubre de 2018, con el cual se solicitó el reajuste salarial del 20% solicitado por el demandante en calidad de soldado profesional, el reconocimiento de la prima actividad y reajuste del subsidio familiar, o en su defecto, si es viable la inaplicación del acto administrativo demandado, en virtud de las excepciones de inconstitucionalidad e “inconvencionalidad”, a fin de que como restablecimiento del derecho se reajuste y pague el incremento salarial faltante del 20% al demandante, con la incidencia que tenga en las demás prestaciones sociales incluido el auxilio de cesantías, se reajuste el subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, y se le reconozca y pague la prima de actividad en igualdad de condiciones que a los miembros de la fuerza pública, con*

*los valores de la condena debidamente indexados y los intereses moratorios a que haya lugar, y se condene en costas la demandada.*

*Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión que negó las pruebas testimoniales y documentales en el auto del 10 de septiembre de 2021 no se repondrá, resulta procedente conceder en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandante, contra la misma al tenor de lo establecido en el numeral 7 del artículo 243 del CPACA, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021.*

*En mérito de lo expuesto, este Despacho,*

### **RESUELVE**

**1. REPONER** el auto del 10 de septiembre de 2021, en el sentido de complementar la fijación del litigio, en los términos establecidos en la parte considerativa de este auto.

**2. NO REPONER**, el auto del 10 de septiembre de 2021 en lo concerniente a la negativa del decreto de las pruebas documentales y testimoniales solicitadas por la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**3. CONCEDER, EN EFECTO DEVOLUTIVO, EL RECURSO DE APELACIÓN**, interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el auto del 10 de septiembre de 2021, en lo concerniente al no decreto de las pruebas documentales y testimoniales solicitadas por la parte demandante.

**4.- ENVIAR** por Secretaría el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lo de su competencia, de conformidad las instrucciones impartidas en la Circular C024 del 18 de septiembre de 2020, expedida por esa Corporación y los respectivos protocolos establecido por el Consejo Superior de la Judicatura.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**YANIRA PERDOMO OSUNA**

**Jueza**

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD  
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.  
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Por anotación en estado electrónico No. **082** de fecha **-13-12- 2021** fue notificado el auto anterior. Fijado a las 8:00 AM.

**11001-33-35-013-2019-00409-00**

Firmado Por:

**Yanira Perdomo Osuna  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
013  
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: **a977749d076925b2f6c44e460b51bec2eed45bab5f5dbe178d288bc05a868d0a**

Documento generado en 10/12/2021 11:36:59 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>