



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, Veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 084

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Despacho conforme a la Ley 2080 de 2021, a dictar sentencia anticipada de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por PABLO JOSE SICHACA GUEVARA, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, elevando las siguientes pretensiones:

1. Se declare la nulidad del acto ficto o presunto, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%; el reconocimiento y pago del subsidio de familia, con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.
2. Se declare que el actor ha realizado las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario y que 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.
3. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL:
 - Al reconocimiento y pago, a favor del actor, la diferencia salarial del 20%

¹ Documento 03 expediente electrónico-01primerainstancia-C01

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.

- Al reconocimiento y pago de la prima de actividad, de acuerdo a las normas vigentes. La cual debe ser liquidada de acuerdo a los porcentajes establecidos para oficiales y suboficiales
- Al reconocimiento y pago del subsidio de familia, con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.
- A realizar la reliquidación de todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, así como los que no lo son, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60% y a realizar dicho pago desde el año en que el actor ingresó al Ejército Nacional, hasta el pago real y efectivo de la presente sentencia, con intereses y con I.P.C.

4. Se condene en agencias en derecho a la demandada.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

La parte actora expuso en síntesis los siguientes hechos:

El Ejército Nacional está organizado jerárquicamente de mayor rango a menor, de la siguiente forma: Oficiales, Suboficiales y Soldados profesionales.

Los soldados que se encontraban activos al momento de la promulgación del decreto Decreto-Ley 1793 del año 2000, estaban regidos por la Ley 131 de 1985 y se denominaban soldados voluntarios.

El Ejecutivo estableció, en el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, los requisitos para los aspirantes a ser soldados profesionales, tanto el personal nuevo como el personal que estaba activo.

Para el personal que se encontraba activo, estableció como requisito para su incorporación su intención de incorporarse como soldados profesionales y que sean aprobados por los comandantes de fuerza.

El ejecutivo ordenó que para los soldados que estaban activos y se incorporaran como soldados profesionales, les sería aplicable íntegramente lo dispuesto régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, Decreto-Ley 1793 del año 2000, a excepción de la prima de antigüedad.

Los soldados voluntarios una vez incorporados a la carrera administrativa de los soldados profesionales, pasaron a ser soldados profesionales en las mismas condiciones que los nuevos soldados que se incorporaron y nunca fueron soldados voluntarios.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El actor es soldado profesional del Ejército Nacional de Colombia, siendo 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.

El demandante en calidad de soldado profesional tiene asignadas las mismas funciones que tienen 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, como los soldados Voluntarios.

El régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, establece un trato de igualdad para los soldados que fueron voluntarios como para los soldados que no lo fueron, en lo que tiene que ver con la asignación de funciones y con la ejecución de las misma.

El Ejecutivo, en el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, estableció un salario diferente para los soldados profesionales que se incorporaron sin haber sido soldados voluntarios y para los soldados profesionales que se incorporaron siendo soldados voluntarios.

El salario básico establecido para los soldados profesionales que fueron voluntarios está conformado por un Salario Mínimo Mensual Vigente incrementado en un 60%.

El salario básico establecido para los soldados profesionales que no fueron voluntarios, está conformado por un Salario Mínimo Mensual Vigente incrementado en un 40%.

El actor 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 que reciben y ejecutan las mismas funciones, pues nunca ha recibido el salario proporcional a su trabajo.

El demandante 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.

El accionante tiene derecho al reconocimiento del reajuste del subsidio de familia en mejores condiciones del que tiene reconocido.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como normas violadas:

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Artículos 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93, 94, 125 y 217. Constitución Política de Colombia.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 7.
- Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, artículo 24
- Artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Como concepto de violación, en síntesis, expuso:

La NACIÓN-MINISTERIO DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, realiza una discriminación sistemática de los derechos laborales de los soldados profesionales en Colombia frente al tema salarial del 20%, a la prima de actividad y al subsidio familiar.

Que el acto administrativo demandado no se profirió bajo el derecho a la igualdad, ya que en el año 2000 el Gobierno Nacional en aras de mejorar las condiciones de la institución, reestructuró el Ejército Nacional, creando un régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

El artículo 5 "PARAGRAFO", refiere que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A los cuales les respetará el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

De acuerdo al Decreto 1794 de 2000, existe una desigualdad frente al salario entre los soldados profesionales, antes voluntarios, quienes reciben como salario una prestación equivalente a un mínimo aumentado en el 60%, y los soldados profesionales propiamente dicho, quienes reciben como salario una prestación equivalente a un mínimo aumentado en 40%. Lo que es lo mismo decir, que existe una diferencia de trato totalmente discriminatoria de un porcentaje de 20% en desmedro de los soldados profesionales, antes voluntarios frente a los Soldados profesionales como tal.

Frente al tema de la prima de actividad, refiere que los oficiales y suboficiales tienen la misma categoría jurídica, es decir, son iguales, con los soldados profesionales, bajo el criterio de que son miembros de las Fuerzas Militares, por lo que son iguales frente al supuesto de hecho de la norma que consagra la prima de actividad, que es estar en servicio activo y que no existe un criterio objetivo para la no inclusión de la prima de actividad para el soldado profesional.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Que actuar bajo la premisa, falsa y arbitraria, de que el oficial y suboficial tiene derecho a devengar prima de actividad, solamente porque está activo y que el soldado profesional, estando activo, no tiene derecho a dicha prima de actividad, es la más grande conculcación de derechos constitucionales, ya que la carta superior establece el principio de realidad sobre las formas, y este aplicado aquí, demuestra que la realidad, es que el soldado también está activo, como lo está el oficial y suboficial. Ya que, de no estar activo, significaría dos cosas, está pensionado, o simplemente no es militar. Cosa que no ocurre con el actor.

El acto administrativo deprecado, 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, el cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la totalidad de la prima de antigüedad. Por lo que no se debió tener en cuenta el Decreto 3770 de 2009, el cual de forma contraria a la Constitución Política de Colombia y a los tratados internacionales, en la materia, derogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

2.- Contestación de la demanda²

La apoderada de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, refiere que el señor PABLO SIACHOQUE ingresó al Ejército Nacional en el año 2002 a prestar su servicio militar obligatorio, posteriormente ingreso como alumno Soldado profesional.

Explicó que las Fuerzas Militares, contaban con un grupo de soldados voluntarios, a quienes les era aplicable la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991, en esa medida sólo recibían una suma mensual a título de bonificación.

Para el año 2000, pensando en la necesidad de la profesionalización de los soldados en las fuerzas militares, fue expedido el Decreto 1793 de 2000, por el cual se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, dando la oportunidad a los soldados voluntarios, para que se cambiaran a este nuevo régimen.

Buscando dar cobertura a todo el personal de soldados de las Fuerzas Militares, para garantizarles el reconocimiento de prestaciones sociales, se expidió el Decreto 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

En razón a la expedición de estas normas y por conocer las prerrogativas o garantías que ellas les concedían los soldados voluntarios, solicitaron a la Fuerza,

² Documento 28 expediente electrónico-01primerainstancia-C02principal.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

el cambio de categoría a soldados profesionales (lo cual se hizo a partir del primero de noviembre de 2003.

Al actor desde el 30 de agosto de 2004 le fue reconocido su salario incrementado en un 40%, aplicando lo regulado en la norma, respetando así el principio de progresividad y no regresividad.

Que atendiendo que el actor no fue incorporado como Soldado Voluntario, no tiene derecho al reajuste de la asignación básica que solicita, es decir, que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20%, en el incremento devengado como soldado profesional teniendo en cuenta que no cumple los requisitos de que trata el artículo 1º inciso 2 del Decreto 1794 de 2000.

Al señor PABLO SIACHOQUE le fue reconocido el subsidio familiar, por lo que no existe valor pendiente a reconocer o reajustar en razón a que el acto administrativo, que ordeno el reconocimiento del subsidio familiar, se expidió bajo el ordenamiento jurídico del Decreto 1161 de 2014, norma que se encuentra vigente.

Mediante el Decreto 1794 de 2000 por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el artículo 1º señala una asignación salarial mensual, así como también el reconocimiento y pago de primas de antigüedad, de servicio anual, de vacaciones y navidad, así como otros beneficios prestacionales tales como subsidio familiar, pasajes por traslado entre otros.

El régimen prestacional en mención, no contempló para los soldados profesionales en servicio activo, ni mucho menos para los retirados la pretendida prima de actividad y, por lo tanto, por disposición legal no constituye factor computable para determinar el monto asignación de retiro, como si se dispuso para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

El régimen salarial y prestacional del Decreto 1211 de 1990, es aplicable exclusivamente al cuerpo de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y dentro de él, no están incluidos los soldados profesionales, cuyo régimen de carrera y estatuto profesional, está señalado en el Decreto 1793 de 2000.

No se observa la violación al derecho de igualdad de los soldados profesionales, en relación con la prima de actividad que devengan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, por lo que no es procedente los argumentos de la demanda en el sentido que exista en tratamiento diferente en materia prestacional dentro de las Fuerzas Militares, puesto que se debe a razones objetivas, como lo es, la existencia de rangos y de funciones.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como excepciones, propuso:

- Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada.
- Prescripción de derechos laborales.
- Legalidad del acto administrativo.
- Grupos jurídicamente diferenciados.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el 21 de febrero de 2021³ ante la oficina judicial de reparto, correspondiéndole a esta judicatura, previos requerimientos, fue admitida mediante providencia del 17 de agosto de 2021⁴. La notificación de la demanda a la accionada se surtió el día 23 de agosto de 2021⁵. El 29 de octubre de 2021, se admitió la reforma de la demanda⁶.

Se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: una vez se corrió traslado de las excepciones propuestas, mediante providencia del 17 de febrero de 2022⁷, se resolvieron las excepciones previas propuestas, postergando la excepción de prescripción para la sentencia y teniendo en cuenta que en el presente asunto no habían pruebas por practicar se dispuso por auto del 3 de junio de 2022⁸, prescindir de la etapa probatoria, y correr traslado a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión si así lo consideraban, y al agente del Ministerio Público para que presentara concepto.

4. Alegatos de conclusión

4.1. De la parte actora

La parte actora en esta del proceso, decidió guardar silencio.

4.2. De la parte demandada

La NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, guardó silencio en esta etapa procesal.

5. Concepto del Ministerio Público

No se pronunció en esta etapa procesal.

³ Documento 01 expediente electrónico.

⁴ Documento 23 expediente electrónico.

⁵ Documento 26 expediente electrónico.

⁶ Documento 30 expediente electrónico.

⁷ Documento 09 expediente electrónico.

⁸ Documento 45 expediente electrónico.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

Las pretensiones se refieren a la nulidad de un acto administrativo ficto, situación que hace que la demanda no está sujeta a la regla de caducidad y en consecuencia podrán ser demandados en cualquier tiempo, tal como lo señala el numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestó sus servicios los demandantes al momento de presentar las demandas, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia conforme lo prevé el numeral 2° del artículo 155 y numeral 3° del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

2. El problema jurídico

Corresponde determinar, si se encuentra afectado el acto ficto o presunto del silencio administrativo negativo, consecuencia del derecho de petición presentado el 25 de agosto de 2018, mediante el cual, se negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%; el reconocimiento y pago del subsidio de familia, con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y el reconocimiento y pago de la prima de actividad. En consecuencia, deberá analizarse el consecuente restablecimiento del derecho, estudiando si es procedente ordenar el reajuste y los reconocimientos que se solicita.

3.- Tesis del Despacho

Conforme a las pruebas obrantes en el plenario, se evidencia que el actor de acuerdo a la fecha de su vinculación al Ejército Nacional, no tiene derecho a percibir la asignación básica determinada en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794, circunstancia por la cual no tiene derecho tampoco al reajuste del subsidio familiar.

Se deduce que el régimen establecido en el Decreto 1794 de 2000, no contempla la prima de actividad como prestación social a devengar por parte de los soldados profesionales.

En consecuencia, se decretará probada la excepción de carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada, propuesta por la apoderada de la parte accionada.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. Resolución del caso en concreto conforme al marco normativo y jurisprudencial aplicable

4.1. Marco normativo – Transición de soldados voluntarios a profesionales – Marco jurisprudencial - Régimen salarial aplicable.

La ley 131 de 1985 por medio de la cual "se dictan normas sobre servicio militar voluntario", instituyó dicha labor para aquellos soldados que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubiesen manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hubiesen sido aceptados.

El artículo 4 de la ley en comento, consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo, en estos términos:

"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."

Para el año 2000, el Decreto ley 1793, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto del personal de los soldados profesionales de las fuerzas militares, integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000, venían prestando el servicio militar voluntario definido en la ley 131 de 1985.

A su turno, el artículo 38 ibídem dispuso:

"ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

El Gobierno, en desarrollo de las normas contenidas en la ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. En su artículo 1 consagró:

"ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)."

El párrafo del artículo 2 del decreto 1794 de 2000, es del siguiente tenor:

"PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza,

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."

Con este cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional se dio un tratamiento distinto a quienes ingresarán por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales -a partir del 1° de enero de 2001- y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios -es decir anterior al 31 de diciembre de 2000-, se incorporarán en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos pues, entre otras cosas, expresamente se consignó la garantía de que conservarían la prima de antigüedad en el porcentaje que venían percibiendo.

Se encuentra entonces que quienes pasaron de voluntarios a profesionales tienen derecho a percibir un salario mínimo incrementado en un 60%, pues ese derecho no surge de comparar ambos regímenes y tomar lo más beneficioso de cada uno, sino de la simple lectura del art. 1 inciso 2° *ibídem*, que solo condiciona su aplicación a la existencia de vinculación anterior bajo las normas de la ley 131 de 1985, es decir, como soldado voluntario, criterio acorde con el art. 2 párrafo, cuando al referirse a los soldados voluntarios que se incorporan como profesionales dice: "A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen" pues, el decreto 1794 comprende el derecho a percibir el 60% sobre el salario mínimo mensual, razón que también permite colegir que no se vulnera el principio de inescindibilidad de la ley.

Aunado a lo anterior, el trato diferente contenido en el pluricitado art. 1 inciso 2°, no vulnera el principio de igualdad como quiera que, si bien se trata de soldados profesionales es diferente la situación de quienes ingresan con posterioridad al decreto 1794 de 2000 de aquellos que venían vinculados como voluntarios en razón a que estos, tienen una trayectoria dentro de la Institución pues iniciaron prestando el servicio militar obligatorio y decidieron continuar como voluntarios para luego ser incorporados al régimen profesional así que, como lo ha considerado la Corte Constitucional sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente.

Se precisa que "*la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual*"⁹

⁹C-168/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Finalmente, concluye el Consejo de Estado, en sentencia de Unificación CE-SUJ2 850013333002201300060-01, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del 25 de agosto de 2016 que:

"...En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

(...)

La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.

Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías."

4.2.- Del subsidio familiar de los soldados profesionales.

El Decreto 1794 del 2000, a través del cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 11, dispone:

"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 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 el Decreto 3770 de 2009 derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000 y en consecuencia los soldados profesionales perdieron el derecho a percibir el subsidio familiar. No obstante, la citada norma contempló un régimen de transición, en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 1º. *Derógase 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,*

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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

Sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, a través del cual reconoció nuevamente el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, indicando:

"ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. *Créase, a partir del 1º 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."*

Frente al tema en desarrollo, el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de junio de 2017 (Rad. No.: 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10)), declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 con efectos ex tunc, argumentando:

"(...) 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

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 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."

Posteriormente el Consejo de Estado, en providencia del 8 de septiembre de 2017, precisó sobre los efectos ex tunc de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, en los siguientes términos:

"(...). 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.¹⁰

Sobre los efectos de los fallos de nulidad, también ha sido abundante la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son ex tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome. Es así que respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, se reitera, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las "afecta", de manera inmediata.

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".

(...).

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

¹⁰ 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

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 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 (...)."

4.3.- De la prima de actividad frente a soldados profesionales.

En lo que respecta a la prima de actividad, es de tener en cuenta que la misma esta estipulada a favor de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, la cual fue inicialmente reglamentada en los artículos 59 y 116 del Decreto 2337 de 1971¹¹.

Posterior a ello, el Decreto 612 de 1977 que reorganizó la carrera de los mentados miembros, en el artículo 65, establecido que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo tenían derecho a una prima mensual de actividad que era equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

En virtud de la Ley 19 de 1983¹², se expidió el Decreto 089 de 1984 el cual reorganizó la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y en su artículo 80 codificó nuevamente la prima de actividad para el personal en servicio activo equivalente al 33% del respectivo sueldo básico.

Luego, el gobierno nacional en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 5ª de 1988, expidió el Decreto 95 del 11 de enero de 1989¹³ y en su artículo 82 preceptuó la mencionada prestación bajo los mismos parámetros a los determinados inicialmente.

Años después, el artículo 84¹⁴ del Decreto 1211 de 1990¹⁵ dejó incólume el porcentaje que por prima de actividad devengaba el personal en servicio

¹¹ «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

¹² «Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional».

¹³ «Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

¹⁴ «ARTICULO 84. Prima de actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a **una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.**». (Resaltado intencional). Monto que fue incrementado por los artículos 2.º del Decreto 2863 de 2007, 31 del Decreto 673 de 2008, 30 de los Decretos 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, al 49.5%.

¹⁵ «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

activo. En relación con tenerse en cuenta como partida computable de la asignación de retiro, el artículo 159 ibidem.

Es de tener en cuenta, que en los Decretos 1212 de 1990 (artículo 68) y 1214 de 1990 (artículo 38), se instituyó también la prestación para los miembros de la Policía Nacional y para los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

De acuerdo a lo normatividad en mención, se destaca que la prima de actividad desde su creación, se previó como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, en los grados de oficiales y suboficiales, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje señalado para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

Ahora, en lo que respecta a los soldados profesionales, el artículo 1° de la Ley 131 de 1985¹⁶, consagró la posibilidad de que quienes hubieren prestado su servicio militar obligatorio y manifiesten su deseo de continuar vinculados a la Fuerza Pública, lo podían efectuar bajo la modalidad de servicio militar obligatorio, tal como lo prevén los artículos 1°, 2° y 3° ibidem.

En lo que respecta al régimen salarial y prestacional de los soldados profesional, el mismo se encuentra consagrado en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁷, señalando las prestaciones a las cuales tenían derecho los soldados profesionales, a saber:

Artículo 2. *Prima de antigüedad.* Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).
(...)

Artículo 3. *Prima de servicio anual.* El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento 50% del salario básico devengado en el mes de Junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de Julio. de cada año.

Parágrafo 1. Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.

Parágrafo 2. Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de noventa (90) días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.

Artículo 4. *prima de vacaciones.* A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.

¹⁶ «Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario».

¹⁷ «Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares».

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.

Artículo 5. *prima de navidad.* El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.

Parágrafo. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

(...)

Artículo 9. *Cesantías.* El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional

(...)

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 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.”

Conforme a ello, los soldados profesionales, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar¹⁸ y cesantías, las cuales deben calcularse teniendo en cuenta el salario básico. Sin que se observe la inclusión de la prima de actividad a favor de este personal.

4.4.- Del principio de igualdad.

El artículo 13 de la Constitución Política, establece la igualdad frente a la ley y el derecho que tienen las personas a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, sin ser discriminadas por razón de características tales como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras.

Frente al tema, la Corte Constitucional con fundamento en el principio de no discriminación, ha indicado que la ley no puede fijar condiciones distintas a algunos sectores de la población sin una justificación objetiva y razonable, o que no tengan una relación de proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue¹⁹.

Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, se ha indicado que es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente sin justificación alguna, o, por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996, M.P.: Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

les brinda un trato igual. Para ello, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad²⁰, que permite determinar si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, herramienta que está compuesta por tres etapas de análisis, a saber: i) criterios de comparación, esto es, determinar si se trata de sujetos de la misma naturaleza; ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y; iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

5. Caso en concreto.

En síntesis, la parte actora solicita se declare la nulidad del acto administrativo negativo, generado como consecuencia del derecho de petición presentado el 25 de agosto de 2018, mediante el cual, se negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, el reconocimiento y pago del subsidio de familia, con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

Frente a ello, de acuerdo a la normatividad antes descrita y a las pruebas que obran en el plenario, se considera:

- Frente al reajuste de la asignación básica.

Conforme a la constancia de tiempos de servicios, suscrita por el mayor ALDERSON LEANDRO PIAMBA GALINDEZ del Ejército Nacional, se vislumbra que el actor, ha prestado los siguientes servicios²¹:

NOVEDAD	FECHAS DESDE-HASTA
SERVICIO MILITAR DIPER	10-02-2000 – 11-08-2001
ALUMNO SOLDADO PROFESIONAL DIPER	12-08-2001 – 25-09-2001
SOLDADO PROFESIONAL DIPER	26-09-2001 – 30-03-2020
TRES MESES DE ALTA DIPER	30-03-2020 – 30-06-2022

Según las constancias de nómina mensual del Ejército Nacional a nombre del actor, de marzo de 2020²², se logra evidenciar que el actor percibió una asignación básica de \$1.228.925, lo que es igual a: 1 SMLMV del año 2020 (\$877,803), incrementado en un 40%.

De lo anterior, se colige que desde que el actor ingresó como soldado profesional al Ejército Nacional (26-08-2001), ha devengado una asignación básica, equivalente a un SMLMV incrementado en un 40%.

²⁰ Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.

²¹ Documento 44-página 76-expediente electrónico.

²² Documento 44-página 75 – expediente electrónico.

Es de tener en cuenta, que el demandante inicio su vinculación en el Ejército Nacional prestando el servicio militar el 10 de febrero de 2000, posteriormente como alumno soldado profesional (12-08-2001) y finalmente ingresó como soldado profesional el 26 de septiembre de 2001. Razón por la cual no se dan los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, para ser beneficiario de una asignación básica, igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, únicamente es aplicable para quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales -a partir del 1º de enero de 2001- y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios -es decir, anterior al 31 de diciembre de 2000-, se incorporaran en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos.

Bajo este orden de ideas, la asignación básica del actor, de acuerdo a su vinculación al Ejército Nacional, es la determinada en el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir, la equivalente a un SMLMV incrementado en un 40%.

- Frente al reconocimiento y reajuste del subsidio familiar.

Del certificado de haberes devengados por el demandante durante la prestación del servicio, se observa que el subsidio familiar al actor se le reconoció a partir 4 de agosto de 2014, ello de acuerdo a la disposición N° 2143 del 30 de octubre de 2014²³, equivalente al 23%, que incluye el 20% por su compañera Rosales Paz Yudy Costanza y un 3% adicional por su Hijo Sicacha Rosales Angie Marcela.

Conforme a ello, el actor desde agosto de 2014 se le reconoció y pagó el subsidio de familia en el porcentaje que establece la ley, es decir, en un 23% de la asignación básica, la cual tal como se indicó en el acápite anterior, es igual 1 SMLMV incrementado en un 40% y fue reconocido desde la data en la cual se generó el derecho, ya que no obra prueba alguna que acredite que el derecho al subsidio familiar se hubiese causado con anterioridad al 4 de agosto de 2014.

- Del reconocimiento de la prima de actividad.

De las pruebas antes referidas, se observa que el actor, se desempeñó como soldado profesional en servicio activo, a partir de lo cual es dable colegir que el régimen salarial y prestacional que los rige para efectos de determinar su salario es el previsto en el Decreto 1794 de 2000.

²³ Documento 44-páginas 55-75 y 78-expediente electrónico.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Así las cosas, el mencionado decreto refiere que los soldados profesionales, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar²⁴ y cesantías, las cuales deben calcularse teniendo en cuenta el salario básico.

Bajo este orden de ideas y acorde con la normativa analizada anteriormente, se deduce que el régimen establecido en el Decreto 1794 de 2000, no contempla la prima de actividad como prestación social a devengar por parte de los soldados profesionales.

En ese sentido y atendiendo que la parte actora alega la violación al derecho de igualdad bajo una discriminación salarial bajo el argumento de que los soldados profesionales, los oficiales y suboficiales cumplen el mismo servicio, es necesario verificar si en efecto se vulnera el mentado derecho. Por lo que corresponde aplicar el test de igualdad previsto por la Corte Constitucional con el fin de determinar si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y civiles del Ministerio de Defensa Nacional.

Frente a ello, es de poner de presente que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática²⁵, razón por la cual ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, por lo que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos:

- (i) Que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho.
- (ii) Que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales.
- (iii) Que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna.
- (iv) Que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»²⁶, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad

En virtud de lo anterior, considera la judicatura que la comparación que realiza la parte actora entre soldados profesionales y los oficiales y suboficiales, es improcedente, toda vez que se ha dicho de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional antes citada, que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, los

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ T-587 de 2006.

²⁶ *Ibidem.*

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

cuales pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta.

Es decir, que los oficiales ejercen la conducción y mando, los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes²⁷.

Así las cosas, la diferenciación que hace el Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública, obedece a distinciones razonables, como es, el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder a cada grado.

En virtud de lo expuesto, se puede decir, que la normativa que rige cada uno de los grupos de miembros de las Fuerzas Militares y personal Civil del Ministerio de Defensa, parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial y prestacional, sin que ello constituya de manera alguna, una discriminación, ya que cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera distinta.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, debe tenerse en cuenta, que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades. Razón por la cual todos los miembros de las fuerzas militares, no pueden tener la misma retribución y prestaciones.

Ahora bien, es de tener en cuenta que los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, no se encuentran en la misma situación de hecho, ya que no pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar. Distinción que por demás es constitucionalmente válida y los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes.

En consecuencia y de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las mencionadas circunstancias, permiten que en materia salarial se determinen tratos diferentes, ya que constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, es decir, que los criterios de diferenciación como los del caso en concreto, 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.

En razón a lo expuesto, el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad que solicita.

²⁷ Al respecto ver la sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Corolario se decretará probada la excepción de carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada, propuesta por la apoderada de la parte accionada. En consecuencia, se denegarán las pretensiones de la demanda.

6. Condena en costas

En este caso, la parte demandada fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, por cuanto dichas normas dejan claramente establecido que el CPACA ha acogido el criterio objetivo, es decir que las costas corren en todo caso a cargo del vencido, quedando proscrita la facultad del juez de determinar la conducta de las partes para proceder a la condena en costas.

Como no prosperaron las pretensiones de la demanda, se deberán reconocer a favor del demandado, en cuantía equivalente a \$300.000 por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta los criterios y topes señalados en la normatividad, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. - Declarar probada la excepción de carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada, propuesta por la parte accionada, por las razones que anteceden.

SEGUNDO. - Negar las pretensiones de la demanda incoada por el señor PABLO JOSE SICHACA GUEVARA, identificado con la C.C. N° 80.090.511 en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, por las razones expuestas.

TERCERO. - Condenar en costas a la parte demandante, por las razones que anteceden

CUARTO. - Una vez liquidados por Secretaría, devuélvase a la parte actora, el excedente de gastos ordinarios del proceso si los hubiere.

QUINTO. - Archívese el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre firmeza esta providencia.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00037-00
Demandante: PABLO JOSE SICHACA GUEVARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SEXTO. - Notifíquese la presente providencia en forma electrónica tal como lo dispone el artículo 203 del CPACA. A la parte actora al correo electrónico notificaciones@wyplawyers.com; yacksonabogado@outlook.com y a la accionada al Email: notificaciones.popayan@mindefensa.gov.co; mdnpopayan@hotmail.com; florezgabo@hotmail.com.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ