



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintinueve (29) de febrero de 2023

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2022-00068-00
DEMANDANTE: MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 027

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El señor MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL, tendiente a que se declare la nulidad del acto ficto o presunto generado por la falta de respuesta de fondo a la petición con radicado DWL5BU3X39 de 2018-08-25 (pág. 16), en el que solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20 %, el reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad. Solicitó, además, el consecuente restablecimiento del derecho.

En caso que se nieguen las pretensiones de la demanda, solicita de manera subsidiaria que se aplique la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar los actos administrativos demandados, y en su lugar aplicar los artículos 13, 25, 53, y 209 de la Constitución Política; asimismo, que se aplique la excepción de convencionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, y en su lugar aplicar los artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como supuestos de hecho, señala la demanda que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad porque infringen el derecho a la igualdad del actor, al dar un trato diferenciado y discriminatorio al tema salarial y prestacional de los soldados profesionales que ingresaron directamente a ese grado, respecto de los soldados profesionales que ingresaron inicialmente siendo soldados voluntarios, sin tener en cuenta que desarrollan las mismas funciones. Aclara que, si bien, existen diferencias fácticas y jurídicas respecto del ingreso al servicio, dichas diferencias no son justificaciones constitucionalmente válidas que permitan reconocer un salario mayor a un grupo de soldados profesionales en comparación con el restante de sus compañeros.

En cuanto al subsidio familiar, afirma que los actos administrativos lesionan el principio de progresividad y de no regresividad, puesto que con el Decreto 1161 de 2014 se redujo el valor que se les reconoce a los soldados profesionales.

Frente a la prima de actividad, sostiene que el demandante cumple con el supuesto de hecho de estar en actividad y que por lo tanto tiene derecho al reconocimiento de la misma.

En sus alegatos de conclusión, el apoderado de la parte demandante, dijo de manera textual lo siguiente:

"Voy a hacer estos alegatos de conclusión en tres partes: la primero en lo que tiene ver con el 20%, la segunda en lo que tiene que ver con la prima de actividad, y la tercera en lo que tiene que ver con el subsidio de familia.

Lo primero que diré con relación al 20% es lo siguiente: en este proceso se le está pidiendo al despacho que haga una comparación de dos soldados profesionales que

hacen parte de la misma carrera administrativa que es el decreto 1793, que fueron vinculados a la carrera de los soldados profesionales y que por ser parte de la misma carrera administrativa, tienen el mismo cargo: soldados profesionales, tienen la misma formación, la misma antigüedad en la carrera y tienen por supuesto, las mismas funciones. A partir de esa situación, se le pide al despacho que reconozca la diferencia salarial del 20%, no por que el acto administrativo viole o vulnere la ley 185, sino porque hay una vulneración del derecho fundamental de la igualdad en la modalidad trabajo igual salario igual, y la disposición jurídica que gobierna en este país el tema del derecho fundamental de la igualdad "trabajo igual salario igual", está contenida en el artículo 13 de la Constitución y en la sentencia SU 519 del 97, sentencia de la Corte Constitucional, reiterada por la sentencia de unificación de la misma Corte Constitucional 547 del 97.

En la primera disposición jurídica de la Corte Constitucional, dice que si en materia salarial dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen las mismas categorías e igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, y aquí tenemos que decir lo siguiente, con relación a la misma categoría de los soldados profesionales; yo no le estoy pidiendo al despacho que compare soldados profesionales con soldados voluntarios porque eso no se puede hacer, porque los soldados voluntarios hacen parte de una norma jurídica diferente a los soldados profesionales; yo le estoy pidiendo al despacho que compare es, soldados profesionales con soldados profesionales, es decir, soldados que están dentro de la misma carrera administrativa. Que unos en algún momento tuvieron la vinculación con la entidad como soldados voluntarios, eso es diferente, pero le estoy pidiendo es que compare soldados profesionales con soldados profesionales, no soldados profesionales con soldados voluntarios, porque eso es totalmente diferente y jurídicamente inviable. Entonces, a partir de eso, estos dos soldados sí tienen la misma categoría y sí son sujetos de comparación, y entonces tenemos que empezar a mirar qué es lo que está diciendo la Corte Constitucional con relación a este derecho fundamental de igualdad, y va a decir, y como dice la entidad demandada en la contestación de la demanda, mire, la fecha de vinculación no permite la comparación, pues para eso su señoría, yo le pido que se remita a la sentencia T-097 del 2006 que, hablando del juicio de igualdad en la modalidad trabajo igual salario igual, dice con relación a la fecha de vinculación de los trabajadores que esa diferencia, hablando de la diferencia salarial, no puede sustentarse en argumentos meramente formales como la fecha de vinculación a un cargo, precedente que le ruego desde ya y le pido para efectos correspondientes que aplique en este proceso.

Hablando, y hace un momento se hablaba de las cargas probatorias que enunciaba la representante del Ministerio Público, pues bueno, hablando de cargas probatorias en el juicio de igualdad, la Corte Constitucional tiene una posición unificada, bueno, más que unificada, una posición clara con respecto a la carga probatoria en los juicios de igualdad, y señala que el trabajador o que quien alega el trato desigual, solamente debe aportar el término de comparación, escúchese bien, sentencia T-335 del 2000, T-079 del 95, está diciendo: solamente, el término de comparación, y entonces automáticamente, establece una inversión de la carga de la prueba, temas que fueron muy bien citados por la representante del Ministerio Público.

En la sentencia T-247 del 2000, señala que en los eventos de presunta discriminación, resultaría inequitativo y contrario al derecho al acceso a la administración de justicia que la carga recayera exclusivamente sobre la persona que alega ser víctima de la discriminación, y dice más adelante que esa carga probatoria se coloca en el acusado, quien está obligado a demostrar que su conducta es claramente garantista del derecho fundamental de la igualdad.

Miremos eso, la carga de la prueba para demostrar que el trato desigual, que ya le mostramos al despacho que existe porque hay unos que ganan con un salario al 20% y otros al 40%, para que se demuestre que esa carga, que ese trato desigual está ajustado al derecho fundamental de la igualdad y que es un trato diferencial, pero no discriminatorio, lo (sic) tiene la carga la entidad demandada; y al revisar el expediente judicial no hay una sola prueba, no hay un solo argumento que demuestre que ese trato diferencial sí se ajusta al derecho fundamental de la igualdad. Están diciendo, mire, no tiene derecho al reconocimiento del 20% porque es que no fue soldado voluntario, pero es que nosotros estamos diciendo en la demanda, mire, no es por eso que le estamos pidiendo - hecho 11 de la demanda -, lo estamos pidiendo es porque es soldado profesional con soldado profesional que hacen el mismo trabajo, no porque sea soldado voluntario, porque sino la norma aplicable sería una totalmente diferente.

¿Cuál es la consecuencia jurídica cuando esa carga de la prueba que establece la Corte Constitucional en cabeza del demandado es incumplida? sentencia T-863 del 2011, su señoría, dice: "si la parte acusada no satisface adecuadamente esa carga, entonces

debe tenerse por cierto que hubo esa discriminación, es una presunción de rango constitucional, debe tenerse por cierto que hubo discriminación; esa presunción, le ruego hoy a su señoría que la aplique, porque la parte no demostró que el trato diferencial que se le está dando a los dos sujetos comparados, sea un trato que no sea discriminatorio, que se ajuste al derecho fundamental de la igualdad, eso no quedó demostrado en el proceso, eso no lo hizo la parte demandada, y si la parte demandada no hizo eso, entonces debemos aplicar el precedente constitucional, so pena del desconocimiento del precedente.

Así las cosas su señoría, ~~hay que~~ le invoco esa presunción y esos precedentes para que esos precedentes queden resueltos en la sentencia, a menos que su señoría decida apartarse de ellos, y, como es bien sabido y conocido, tendrá que justificar el desconocimiento de tal precedente. En la demanda se le dice al despacho que al soldado no se le paga la cantidad proporcional en salario, a la calidad y cantidad de trabajo que ejecuta para la entidad, y que ello conlleva una vulneración del mínimo vital, que ello conlleva una vulneración de las garantías que están en el artículo 53 de la Constitución, y le reiteramos, también se le dice al despacho, que se debe establecer el principio de la realidad sobre las formas, la forma aquí acusa o que justifica o pretende justificar la entidad demandada, es que la fecha de vinculación es diferente, pero en estricto sentido es la misma, porque los dos sujetos están vinculados a la misma carrera administrativa, incluso si fuera diferente, está el precedente en la sentencia T-097 del 2006 que ya le invoqué, que dice que esa diferencia salarial no puede sustentarse en argumentos meramente formales, como es la fecha de vinculación a un cargo. Eso es lo que tiene que ver con el 20 % su señoría.

Otro tanto ocurre con el tema de la prima de actividad, usted dice, bueno, ¿cuál es el argumento que utiliza la entidad para decir que la prima de actividad tiene que ser reconocida para un soldado profesional? dice, porque no hace las mismas funciones que las de los oficiales y los suboficiales. Ese es el argumento que se presenta aquí, y eso es lo que está contenido en la contestación de la demanda, pero lo que usted tiene que mirar como juez, es, ¿cuál es la naturaleza de esa prima, es una retribución salarial, o es una retribución prestacional? Si es salario tendrá que ser proporcional al trabajo, si no es así, es una prestación salarial; y la prima, en la demanda está consignado, es un premio que se le da a una persona funcionario público o trabajador, por cumplir cierto hecho hipotético, me explico, ¿quién gana prima técnica?, ¿todos los funcionarios del Estado? no, solamente quienes aporten conocimiento técnico y especializado a una institución. ¿Quién gana prima de orden público?, ¿todos los funcionarios del Estado? no, solamente aquellos funcionarios que estén por ejemplo en una zona roja o zona límite de orden público, entonces para unos, para ganar una prima, se necesita completar unos supuestos de hecho. La prima de actividad, ¿cuál es el supuesto de hecho que tiene?, tiene el supuesto de hecho de estar activo, no de ejecutar funciones, no de calidad y cantidad de función porque no es salario, y si miramos eso más de fondo, dentro de la institución hay dos carreras: la de oficiales y la de suboficiales. La de los oficiales tiene un poco de cargos, y lo mismo la de los suboficiales. Oficiales, empezamos por un subteniente, teniente, capitán, mayor, coronel, general, todos ellos ganan prima de actividad. Pregunta: ¿hacen las mismas funciones? no. Pregunta: ¿tienen la misma responsabilidad? claro no. Pregunta: ¿tienen la misma formación? por supuesto que no. ¿Tienen la misma antigüedad? claro que no. ¿Ganan la prima de actividad todos? todos la ganan.

Vayámonos más abajo, hay otra carrera con otros cargos, suboficiales: cabo tercero a sargento mayor, ¿hacen las mismas funciones? no. ¿Ganan prima de actividad? sí. ¿Tienen la misma responsabilidad? no. ¿Tienen la misma antigüedad? no. ¿Tienen la misma formación? no, no la tienen, pero todos ganan prima de actividad, porque lo que está pagando la prima de actividad es la permanencia activa dentro de una institución, no la cantidad y trabajo que se está pagando porque no es salario. Entonces, si ese es el argumento, de que el soldado no tiene la misma antigüedad, no tiene la misma formación, no tiene la misma responsabilidad que un oficial y un suboficial, bueno, y entonces explíqueme, por favor, por qué ellos que tienen cargos diferentes, antigüedades diferentes, formación diferente, responsabilidad diferente, dentro de ellos incluso carreras administrativas diferentes, por qué ganan esa prima de actividad. Entonces, sumado a eso, yo le voy a pedir a usted que aplique el mismo precedente que le acabé de citar para el derecho fundamental de la igualdad, trabajo igual salario igual. Y por qué ese precedente, porque estamos también frente a un juicio de comparación. Mientras que en el juicio de comparación anterior estamos hablando de trabajo igual salario igual, aquí no podemos aplicar este mismo juicio porque esto no es trabajo igual ni tampoco es salario igual, porque la prima de actividad no tiene la naturaleza de ser salarial, sino, es prestacional y entonces hablamos de un juicio plano, básico o elemental del derecho fundamental de la igualdad y no en la modalidad y especificidad que tiene que ver con el 20% que sí es salario, solamente estamos hablando de las presunciones de ese trato discriminatorio

que tampoco fueron acreditadas o tampoco fueron desvirtuadas ese trato discriminatorio, precisamente por eso que le acabo de decir, si el argumento es ese, como ellos hacen funciones diferentes, responsabilidades diferentes, antigüedad diferente, y aún así ganan prima de actividad y el soldado no, están incluso en carreras administrativas diferentes, no podemos decir que la carrera administrativa del oficial es la misma para el suboficial, están gobernadas totalmente diferentes, y la ganan. Entonces la pregunta es, ¿por qué el soldado profesional no la gana?, incluso yendo todavía más al extremo, hay civiles que ganan la prima de actividad que hacen parte de la institución, y por qué ganan prima de actividad: pues porque lo que paga la prima de actividad es la permanencia en la institución como la prima de antigüedad paga, reconoce o premia el transcurso del tiempo en la institución, como la prima de orden público paga o reconoce todo el tiempo que se está en un área de zona roja, llamémosla así. Entonces eso es lo que tiene que ver con la prima de actividad.

Lo que tiene que ver con el subsidio de familia, aquí hay dos cosas: La primera, y después de los alegatos haré una petición adicional que me lo faculta el ordenamiento jurídico. La primera es, mire, esta sentencia incurre en un desconocimiento del precedente constitucional y es una regla de unificación que la Corte Constitucional fijó en el año 2021, y ese tipo de sentencias que se va a proferir en este proceso, es una sentencia que viola los derechos fundamentales del demandante. Ahí, la regla que en su oportunidad la corte Constitucional fijó con relación a este tema los fallos inhibitorios, dice así, permítame la traiga a colación para que quede absolutamente claro el tema: dice, regla de unificación sentencia de la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 129 del 2020, y aquí va esto, dice: regla de unificación "numeral 91 dice, cuando en el marco de un proceso laboral se dicta un fallo non liquet, con el argumento de que el enunciado descriptivo no ha sido probado por la parte a quien corresponde la respectiva carga, -reitero eso- sin hacer uso de las competencias probatorias oficiosas, se configura un defecto fáctico en su dimensión negativa y, de manera consecuente, se violan los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia". Aquí se compulsó copias al funcionario que no aportó el expediente administrativo, sin embargo, la totalidad del expediente administrativo, sin embargo, se deja sin aportar el expediente administrativo y ello va a conllevar a expedir el fallo non liquet con el argumento de que la parte tenía que demostrar la carga, los hechos jurídicamente relevantes o los hechos hipotéticos, no lo hizo, pero tampoco se ejercen las facultades probatorias de oficio, clara violación a esos dos derechos fundamentales y desconocimiento del precedente constitucional, eso es gravísimo, desconocimiento del precedente constitucional que ya fue invocado.

Entonces, ¿por qué resulta que es un fallo inhibitorio? porque no está acreditado dentro del proceso los dos supuestos de hecho, ¿son necesarios acreditarlos? claro, porque cómo voy a saber si hay nulidad o no hay nulidad del acto administrativo, yo no puedo saber eso. En este momento el despacho, al momento de contestar la pregunta: ¿es nulo el acto administrativo? y va a comparar el acto administrativo con los supuestos de hecho del artículo 11 del decreto 1794, no puede contestar de manera profunda, de manera sustancial y de manera directa esa pregunta, ¿por qué razón? porque no está en el expediente administrativo acreditado esos supuestos de hecho. La discusión no es la fecha del reconocimiento del subsidio de familia, porque esa discusión es irrelevante porque ya de entrada partimos que el reconocimiento del subsidio de familia se hizo con la vigencia del decreto 1161 y si no, no se hubiera demandado, si tuviéramos problema con esa fecha o esa fecha fuera relevante a este proceso cuando se reconoció, pues no hubiéramos demandado porque lo contrario es que se hubiera reconocido con vigencia del otro decreto y por esa razón pues para qué hacer esa demanda, ¿cuál sería el sentido de esta demanda? ninguno. Ese es un hecho que no es fundamental en este proceso con respecto a la nulidad, por el contrario, es un hecho del que se parte, de que se reconoció con base en la vigencia del 1161, y lo que se tiene que quedar acreditado en el proceso, es que sí o no, están probados los supuestos del artículo 11 del decreto 1794, y ahí está el precedente constitucional que se desconoce.

Entonces, desde ya yo puedo decirle en estos alegatos, mire, no se puede probar eso. Ese fallo que se va a sacar con respecto al contenido de la nulidad del acto administrativo, es un fallo inhibitorio non liquet, porque no va a resolver de fondo lo que se está planteando en la demanda, y el precedente constitucional es claro, no se puede argumentar que la carga le correspondía a la parte sin haber ejercido las facultades probatorias, precedente constitucional, no artículo 67 del CGP, y el precedente constitucional en sentencia de unificación es de obligatorio cumplimiento, y por su naturaleza está en un orden jerárquico, por encima del artículo 67 del CGP, el CGP es una ley ordinaria, la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional, es una jurisprudencia que hace concreción de derechos fundamentales, y al hacer concreción de derechos fundamentales tiene un rango superior a la ley ordinaria. Eso en lo que tiene que ver con la nulidad.

Pero nosotros en la demanda hicimos una pretensión subsidiaria, y es lo que tiene que ver con las pretensiones de excepción de inconstitucionalidad, y voy a hacer, con esto termino. Si el despacho encuentra que la nulidad del acto administrativo no se puede dar, y es evidente que no la va encontrar con respecto al 20% y con respecto a la prima de actividad, porque no se está demandando una nulidad puntual con una norma de inferior jerarquía, deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Pero, ¿qué pasa con el subsidio de familia? y en esto sí quiero hacer mucho énfasis porque esto es fundamental con respecto a este proceso.

Mire, todos los actos administrativos se presumen legales, todos, todos absolutamente todos, pero hay una excepción su señoría y se la traigo aquí a colación y es la presunción de incondicionalidad de las normas o los actos administrativos, oiga esto bien, presunción de incondicionalidad. Se presumen legales todos los actos administrativos, cuando comparamos acto con ley, pero hay unos actos administrativos que al compararlos con la Constitución se presumen inconstitucionales, mire esto como es totalmente diferente y nos cambia el escenario y eso invierte la carga de la prueba para la entidad demandada. ¿Quién tiene que desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad?, ¿quien la alega? no, tiene que desvirtuarla la entidad demandada, y quiero hacer énfasis en esto, ¿por qué hay presunción de inconstitucionalidad de este acto administrativo que reconoce o que niega el subsidio de familia? porque el artículo 48 de la Constitución dice que los derechos prestacionales se deben modificar de manera progresiva, y una modificación regresiva de un derecho prestacional se presume prima facie, inconstitucional, artículo 48 de la Constitución, un derecho prestacional se modifica progresivamente, no hay problema, así tiene que ser el mandato de progresividad, pero cuando se modifica de manera regresiva un derecho prestacional, se presume inconstitucional su modificación. Hablemos del caso concreto: hay un decreto que es el decreto 1161 del 2000, que tiene en su artículo 11 el reconocimiento de un derecho prestacional, subsidio de familia, digamos que a \$500.000, solamente a manera de ejemplo, pero hay una modificación que es la modificación que trae el artículo 1161, perdón el decreto 1161 del año 2014, que modifica ese mismo derecho y lo modifica por debajo de esos \$500.000, digámoslo así, que serían \$300.000, entonces, la modificación es regresiva a un derecho prestacional y al ser regresiva se presume inconstitucional y la carga de la prueba yo no la tengo, la carga de la prueba la tiene la entidad demandada desde el caso de inconstitucionalidad y le cito desde ya el precedente y con esto voy a cerrar. ¿Dónde y cuál es el fundamento de esta presunción de inconstitucionalidad? precedente que le reitero al despacho, revise con relación a esto, la sentencia C, sentencia de constitucionalidad C-038 del 2004, sentencia de constitucionalidad C-671 del 2002, la misma de constitucionalidad, la C-931 del 2004, y en sede de tutela, la 1318 del 2005, la 47 del 2007, la 273 del 2007, la T-267 del 2006, la T-418 del 2007, son los fundamentos jurídicos de esa presunción de inconstitucionalidad, precedente que de manera muy respetuosa le voy a solicitar al despacho tenga como fuente normativa de esa presunción de inconstitucionalidad, a menos que su señoría se aparte del mismo, que tendrá que motivar de una manera muy clara, porque entre cosas estamos hablando de un precedente de constitucionalidad, un precedente con efectos erga omnes, de cosa juzgada constitucional y con un rango superior en el ordenamiento jurídico.

Entonces, cuando usted revisa su señoría, de qué forma la entidad demandada - yéndonos a la pretensión subsidiaria -, de qué forma la entidad demandada desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad del acto administrativo; no la de legalidad porque esa es mi carga en principio, sino la de inconstitucionalidad, ¿de qué forma la desvirtuó? de ninguna forma. ¿Cómo se desvirtúa una presunción?, o con una carga argumentativa en este escenario de pleno derecho, o, con una prueba, cualquiera de las dos formas son útiles para desvirtuar la presunción. Como esto es un tema de mero derecho, es una carga argumentativa la que debió acreditar la entidad demandada para desvirtuar esa presunción de inconstitucionalidad, pero no lo hizo, yo no la veo por ninguna parte, entonces si usted en el momento de analizar la nulidad del acto administrativo como va a pasar, no puede declarar la nulidad porque no está acreditado el supuesto de hecho, porque no se cumplió el precedente constitucional de oficiar a la entidad para que aporte y cumpla su deber legal de la totalidad del expediente administrativo. Pues, en el momento de revisar la excepción de inconstitucionalidad que está pedida subsidiaria, tendrá que revisar esta presunción con la que entra el acto administrativo, es una presunción con la que entra el acto administrativo, no presunción de legalidad reitero, sino presunción de inconstitucionalidad, y la pretensión subsidiaria es una pretensión de inconstitucionalidad, no es declarar la nulidad del acto administrativo, sino inaplicarlo para aplicar directamente la Constitución, y es claro que ya es un acto que de entrada se presume inconstitucional, y por tal razón automáticamente la carga de la prueba se le traslada a la entidad demandada para que desvirtúe esa excepción, esa presunción de inconstitucionalidad, pero como no la hizo, es el escenario donde al despacho no le queda otro camino que declarar la

excepción de inconstitucionalidad, y hablo del acto administrativo del subsidio de familia.

Con eso quiero dejar sentado el tema de los alegatos de conclusión de este proceso, sin embargo, y esto me lo faculta la norma, una vez finiquitados los alegatos de conclusión, y antes de proferirse sentencia, se puede hacer una solicitud de auto de mejor proveer, (...)

El honorable Consejo de Estado ha dicho muchas veces que cuando existe necesidad de alguna prueba, cuando existe necesidad de algún hecho jurídico del proceso quede acreditado y el mismo no ha quedado debidamente acreditado, o se presenta alguna especie de duda, en esta etapa procesal se puede hacer una solicitud de auto de mejor proveer, un auto que va encaminado, digamos que es como la excepción a las etapas procesales de petición de pruebas, pero es un auto que va encaminado a que los supuestos de hecho queden debidamente acreditados y haya un proceso judicial que resuelva de fondo el trámite y no por esos escenarios vagos se niegue la administración de justicia y se profieran sentencias meramente formales. Y ese auto de mejor proveer, en ese sentido, lo encamino nuevamente con la totalidad del expediente administrativo. El artículo 175 del CGP, en su párrafo 1, dice que la entidad demandada deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes administrativos objeto del proceso, es un deber de la entidad, y es un deber que fue incumplido por esta entidad demandada y es tan así que el despacho profirió una decisión de compulsar copias, se compulsan copias porque se incumplió ese deber, deber que está literalmente especificado en la norma, "deberá allegar el expediente administrativo". Ese expediente administrativo pues evidentemente debe ser completo, debe tener la totalidad de los documentos que contenga los antecedentes objeto del proceso, aquí es objeto de este proceso el subsidio de familia, se aportó un expediente administrativo incompleto, se aportó el acto administrativo u orden administrativa de personal en el que se reconoció el subsidio de familia con base en el decreto 1161, reiteramos que no tenemos ningún problema con esa fecha porque precisamente es a partir de esa fecha que demandamos, o porque se hace la demanda, porque de lo contrario, no se haría. Pero ese expediente administrativo no se aportó de manera completa, esto es, independientemente de lo que dice el artículo 167 del CGP que la carga de la prueba le corresponde, o el onus probandi, aquí es una obligación directa, dirigida a la entidad demandada y es un contrasentido compulsarle copias porque no aporta la totalidad del expediente administrativo, pero no obligarla a que aporte el expediente administrativo, cuando las dos cosas deben estar porque no se excluyen, por el contrario, son coherentes, ordenar que se aporte el expediente administrativo más la compulsas de las copias por no haberse aportado, pero resulta que en este proceso pues se hizo lo contrario, solamente se ordena la compulsas, pero no se pide que se allegue la totalidad del expediente administrativo cuando el mismo es necesario. Y reitero, no es relevante para el proceso la fecha de petición del subsidio de familia, porque nosotros la sabemos y precisamente es a partir de eso que se está pidiendo la demanda con base en el otro decreto, porque recordemos que es un decreto que está derogado.

(...)

Entonces, la petición va encaminada a lo siguiente, a que el despacho con base en la sentencia SU 129 del 2021, con esa regla de unificación que se estableció ahí, se le ordene o haga ejercicio de sus facultades oficiosas y oficie a la entidad demandada para que aporte la totalidad del expediente administrativo, reitero, para que se dé cumplimiento a la regla de unificación que se fijó en esa sentencia SU 129 del 2021, como quiera que resulta relevante probar y dejar acreditado los hechos jurídicamente relevantes en este proceso, hechos que están discriminados en el artículo 11 del decreto 1794, porque de lo contrario, primero, se está desconociendo el precedente constitucional, tema bastante delicado, y segundo, se le está violando el derecho al debido proceso y al acceso a la administración al demandante porque no se ejerció las competencias oficiosas del juez."

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA– EJÉRCITO NACIONAL.

La defensa judicial de esta entidad sostiene que ninguna de las pretensiones de la demanda está llamada a prosperar, considerando que la entidad ha pagado el salario y ha efectuado el reconocimiento y pago del subsidio familiar (Decreto 1161 de 2014) de la parte actora conforme a la normatividad vigente. Que, contrario a lo que solicita el demandante, el Decreto 1794 de 2000 no le es aplicable, toda vez, que esta no era la normatividad aplicable y vigente para la fecha en que solicitó el subsidio familiar, puesto que solamente regula esta partida a aquellos que ya la tenían reconocida conforme a lo regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

Destaca que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 fue derogado mediante el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009; posteriormente con el Decreto 1161 de 2014 se crea para los soldados profesionales en servicio activo y que no recibían el subsidio familiar que en principio se reconocía con el Decreto 1794 de 2000.

En cuanto a la prima de actividad, sostiene que esta partida no es aplicable a los soldados profesionales, régimen regulado por el Decreto 1794 de 2000, toda vez, que esta es una prestación que se reconoce a los Oficiales y Suboficiales por disposición de los decretos 1211 de 1990 y 466 de 2022. En virtud de los anteriores planteamientos de defensa, formula las excepciones de mérito de: “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA”, “CARGA DE LA PRUEBA”, “PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO” y la “GENÉRICA O INNOMINADA”.

En la fase de alegatos de conclusión, el apoderado del Ejército Nacional señala que fueron aportadas las piezas del expediente con las cuales se puede decidir de fondo el litigio. Así mismo expuso que la parte demandante enfoca sus pretensiones sobre tres temas: la reliquidación del 20%, el reconocimiento de la prima de actividad y el reajuste del subsidio familiar.

De la pretensión de *reliquidación del 20 %*, resalta que la parte demandante ha hecho referencia a la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, aspecto sobre el cual el Consejo de Estado ha dicho que existe una diferencia entre los denominados soldados voluntarios que posteriormente fueron pasados de manera autónoma o por disposición de la fuerza mediante orden administrativa al cargo de soldado profesional, y todo eso se dio con base en el principio de evolución que ha tenido la fuerza, ya que los soldados voluntarios eran regidos por la ley 131 de 1985 y en efecto tenían el reconocimiento de un salario mínimo aumentado en un 60%; posteriormente, cuando se dictó el decreto 1793 de 2000, en efecto se determinó que con ese traslado de cargo de soldado voluntario a soldado profesional, el mismo Consejo de Estado en sentencia de unificación SU J2 de 2 de agosto de 2016 determinó que existía una regresividad de los soldados voluntarios y por tanto decidió en dicha sentencia que para aquellos que pasaron de ser voluntarios a profesionales, debía reliquidarse su asignación básica en un 20% adicional, como lo venían devengando.

Continúa manifestando el apoderado del Ejército Nacional, que lo señalado anteriormente es diferente al caso concreto porque según el expediente administrativo, el soldado profesional Manuel Fernando Barreiro nunca ostentó la calidad de soldado voluntario, por lo tanto, no puede predicarse el mismo trato entre unos y otros, porque en virtud de ello existe el principio de inescindibilidad de la norma y fue el mismo Consejo de Estado que señaló en uno de los apartes de la sentencia que no se veía vulnerado el derecho a la igualdad en tanto no era posible realizar un test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por primera vez, porque las razones fácticas y jurídicas de vinculación a la fuerza son diametralmente diferentes, por lo tanto, afirma que no puede predicarse un trato igual entre personas que accedieron a la Fuerza de una manera diferente.

En relación con el *subsidio familiar*, dijo que este fue reconocido al actor de acuerdo con el decreto 1161 de 2014, advirtiendo que se aportó el acto administrativo por el cual se reconoció ese emolumento, y en el mismo se determina cuáles fueron los registros civiles que se tuvieron en cuenta para su reconocimiento y se establece que en efecto, fue en virtud o con posterioridad a la vigencia de este decreto que se aportaron los documentos y se cumplió con las exigencias legales para que fuera reconocido ese beneficio laboral.

Respecto a la *prima de actividad*, el apoderado citó la sentencia del Consejo de Estado del 24 de julio de 2021 del magistrado William Hernández Gómez, en la cual se indica que no se trata de una diferenciación entre los oficiales o suboficiales y soldados profesionales el no reconocimiento de dicha prestación al soldado profesional, sino que no existe dentro de la regulación constitucional, normativa y reglamentaria, una norma que permita reconocerle a los soldados profesionales la prima de actividad y se indicó que en efecto ellos tienen derecho a su asignación mensual, a su servicio de salud, primas, cesantías, pero no existe una reglamentación que permita al juez reconocer ese derecho. Solicita tener en cuenta que

el juez está ceñido al art. 230 de la Constitución y al imperio de la Ley, siendo en ese sentido la jurisprudencia un criterio auxiliar.

1.3.- Intervención del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público rindió su concepto, en los siguientes términos:

Frente al *reajuste salarial del 20%*, tras dar lectura a los artículos pertinentes de los decretos 1793 y 1794 de 2000, así como a las reglas jurisprudenciales, señala que en el presente asunto se demostró con las certificaciones emitidas por la entidad demandada que el demandante se vinculó al Ejército con posterioridad al 31 de diciembre del 2000, aparece que ingresó como soldado profesional el 3 de noviembre de 2013, es decir, que antes de esta fecha no tiene la calidad de haber sido soldado voluntario, razón por la cual al demandante le corresponde una asignación mensual de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 40 %, debido a que no es beneficiario del régimen de transición salarial que se creó con el decreto 1794 de 2000. Respecto a esa diferenciación, el Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero de 2020 con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, indicó que si bien el decreto 1794 de 2000 previó una diferencia del 20% respecto de la retribución que recibían los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales y los soldados profesionales que se vincularon a partir del 1.º de enero de 2001, lo cierto es que ello obedece a la garantía constitucional de los derechos adquiridos contemplada en el artículo 58 de la Constitución Política. Resalta que, conforme con lo anterior no puede predicarse una vulneración del derecho a la igualdad como se pretende en la demanda, ya que este derecho se predica de quienes están en una misma situación fáctica que no se observa en el presente caso, siendo precisamente ello lo que justifica ese trato diferente, por lo que considera que debería negarse esta pretensión de la demanda.

En cuanto a la solicitud de *reliquidación del subsidio de familia*, refiere la señora Procuradora que de conformidad con los documentos que obran en el expediente, al demandante se le reconoce el subsidio familiar mediante orden administrativa de octubre de 2016 y aparecen los devengados a partir de octubre de 2016 en un porcentaje del 23%, reconociéndose retroactivamente desde mayo del 2016, por matrimonio y nacimiento de hijo, el cual se observa que se devenga hasta la actualidad y no se demostró que el matrimonio o el nacimiento del hijo hubiese tenido lugar antes de la expedición del decreto 1161 de 2014, es decir, en una fecha diferente a la que se indica en la orden administrativa de la entidad demandada, siendo esta una carga de la parte demandante, según el artículo 167 de CGP y una de las oportunidades probatorias que prevé el artículo 212 del CPACA. Asimismo, advierte que, ante la declaratoria de nulidad del decreto 3770 del 2000 nuevamente cobra vigencia el decreto 1794 de 2000 en lo que se refiere al subsidio familiar, pero como se indicó, no se demostró que el demandante hubiese contraído matrimonio antes del 2014 y que hubiera solicitado el reconocimiento de ese subsidio, y en ese sentido, considera que esta pretensión no debería prosperar.

En relación con la *prima de actividad* que se solicita, tal como se consagra para oficiales y suboficiales, argumenta la representante del Ministerio Público que el decreto 1211 de 1990 en el artículo 84 consagra esta prima para oficiales y suboficiales como una prima de actividad mensual del 33% del sueldo básico, y señala que no se vulnera el derecho a la igualdad, en tanto los soldados profesionales tienen funciones, responsabilidades y deben cumplir requisitos diferentes a la de los oficiales y suboficiales, por lo que no se observa un trato discriminatorio, y que no por pertenecer al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, deben devengarse por todos los servidores los mismos conceptos mensualmente, por lo tanto, frente a esta pretensión, también estima que no sería procedente concederla.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

En este asunto se encuentran reunidos los presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control, el primer presupuesto por el último lugar de prestación de servicio del accionante, en el departamento del Cauca; y el segundo presupuesto no aplica,

pues conforme al contenido del artículo 164 numeral 1 literal d), la demanda se presentará en cualquier tiempo, cuando se dirija contra actos producto del silencio administrativo.

Además, respecto del requisito contenido en el artículo 161 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021 el agotamiento del requisito de procedibilidad es facultativo en los asuntos laborales.

2.3.- Problema jurídico.

Como se señaló en la fijación del litigio aceptada por las partes, corresponde al Despacho determinar si el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a Derecho, o sí, por el contrario, está afectado de nulidad y por tanto le asiste razón al señor MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR en sus pretensiones.

2.4.- Tesis.

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, por haberse acreditado que el hijo del señor Manuel Fernando Barreiro Villamizar nació con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto 1161 de 2014, siendo por tanto la norma aplicable para el reajuste del subsidio familiar el decreto 1794 de 2000 (únicamente respecto de su hijo).

Las demás pretensiones de la demanda serán negadas por no encontrar justificación para apartarse de las normas constitucionales, legales y del precedente jurisprudencial ya fijado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en relación con el principio de no regresividad, derechos adquiridos y derecho a la igualdad alegados por el apoderado del demandante frente al 20 % adicional que devengan aquellos soldados profesionales que antes fueron voluntarios, y la prima de actividad reconocida a los oficiales y suboficiales del Ejército y Policía Nacional, toda vez, que, la misma fue creada solamente para esos cargos, debido a las funciones que deben desempeñar, a la responsabilidad que deben asumir y a los requisitos que se les exige para su ingreso y ascenso en la carrera militar.

Para explicar la tesis planteada, se abordará el estudio de los siguientes temas: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico - Régimen salarial y prestacional de los soldados vinculados al Ejército Nacional – subsidio familiar – prima de actividad - excepción de inconstitucionalidad – principio de igualdad, (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.5.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

- Mediante PQR código DWL5BU3X39 generado el 25 de agosto de 2018 en la plataforma del Ejército Nacional, el demandante registró derecho de petición con el fin de que se le reconozca y pague la diferencia salarial de acuerdo a lo señalado en la ley 131 de 1985, equivalente al 20 %, el subsidio familiar y prima de actividad – *Pág. 16, índice 04 expediente electrónico.*
- Mediante oficio 2023 317 00039 0051 de 27 de febrero de 2023, la oficina de nómina del Ejército Nacional informa que el señor MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR, es orgánico del grupo de caballería Liviano Meteoro nro. 8, ubicado en Popayán, Cauca.

Igualmente, remite certificado de tiempo en el que consta que el mencionado uniformado ingresó a la institución el 23 de enero de 2010 prestando su servicio militar hasta el 15 de junio de 2011. Posteriormente, ingresó como alumno soldado profesional durante el periodo comprendido entre el 25 de julio y el 2 de noviembre de 2013, y, a partir del 3 de noviembre de 2013 en calidad de soldado profesional, cargo que desempeña hasta la actualidad.

En el último certificado de haberes se evidencia que el señor Barreiro Villamizar devenga los siguientes emolumentos: sueldo básico por valor de \$ 1'624.000 m/cte., subsidio

familiar en un porcentaje equivalente al 23 % de su ingreso básico, bono RDPUPF y, prima soldado voluntario, en un porcentaje equivalente al 52 % de su salario básico – *índice 15 expediente electrónico*.

- El 16 de marzo de 2023, la entidad demandada remitió con oficio 2023 317 000 53 90 11, además de los documentos relacionados en el punto anterior, la orden administrativa del alta del señor MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR, así como su histórico de haberes en la institución. En la orden administrativa de personal nro. 2148 de 6 de noviembre de 2013, se nombra al demandante como soldado profesional.

En cuanto al histórico de haberes, se certificó que el señor Manuel Fernando, percibió:

- Entre el 1. ° de diciembre de 2013 y el 30 de noviembre de 2015: sueldo básico, seguro de vida y bono RDPUPF.
- Entre el 1. ° de diciembre de 2015 y el 30 de octubre de 2016: sueldo básico, prima soldado voluntario, seguro de vida y bono RDPUPF.
- Entre el 1. ° de noviembre de 2016 y el 28 de febrero de 2023: subsidio familiar en un porcentaje equivalente al 23 % de su sueldo básico.

En el mes de noviembre de 2016 la institución le pagó por concepto de “ADIC. SUBFAMILIAR”, el valor de \$ 1'154.423,45 – *índice 20 expediente electrónico*–.

- Con oficio de 22 de marzo de 2022, la Dirección de Personal del Ejército Nacional remitió el extracto de la hoja de vida del accionante, así como la parte pertinente de la orden administrativa de personal nro. 2404 de 6 de octubre de 2016, por la cual se causan novedades en subsidio familiar del señor BARREIRO VILLAMIZAR por matrimonio con la señora MARÍA VICTORIA AGUIRRE BENAVIDEZ y por nacimiento de su hijo JHOAN SEBASTIAN BARREIRO AGUIRRE, a partir del 25 de mayo de 2016, en un porcentaje del 20 % por su cónyuge y del 3 % por el hijo – Pág. 8-9, *índice 22 expediente electrónico*–.
- El 14 de abril de 2023, el Ejército Nacional remitió los folios del expediente administrativo del accionante, en los que consta que el hijo que tuvo con la señora María Victoria Aguirre Benavidez **nació el 21 de julio de 2013**, que celebró su **vínculo matrimonial el 27 de febrero de 2016**, y solicitó al Comando del Ejército Nacional el reconocimiento del subsidio familiar del 23% por su esposa e hijo, mediante oficio de 25 de mayo de 2016 – *índice 30-31 expediente electrónico*.

SEGUNDO: Marco jurídico.

- Régimen salarial y prestacional de los soldados vinculados al Ejército Nacional.

El artículo 48 de la Constitución Política, establece que la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. De ahí que, el legislador quedó habilitado para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en la citada norma constitucional.

La Ley 100 de 1993, norma que consagra el Sistema de Seguridad Social Integral, en su artículo 279¹ dispuso la inaplicabilidad de esta respecto de los miembros de la Fuerza Pública, quienes se encuentran cobijados por un régimen exceptuado cuyo fundamento reside en la naturaleza de las competencias, funciones y riesgos que asumen en la prestación del servicio que tienen a su cargo.

¹ Artículo 279. «Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.».

Así las cosas, en cuanto al régimen salarial de soldados voluntarios, es aplicable la ley 131 de 1985 “*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, que dispone que quienes después de prestar el servicio militar obligatorio ingresen como soldados voluntarios, tendrán derecho a una bonificación mensual o remuneración equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60 % del mismo salario:

"ARTÍCULO 2º. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan (...).

ARTÍCULO 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 (...).

Posteriormente, se expidió el Decreto 1793 de 2000, que estableció la vinculación de los soldados profesionales, ordenando al Gobierno Nacional a expedir el régimen salarial y prestacional correspondiente, con base en la ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos:

"ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas. (...)

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

ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales".

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 del decreto mencionado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000 “*por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, en el cual, de acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa, se distingue claramente dos grupos de soldados profesionales: aquellos vinculados a partir del 31 de diciembre de 2000, quienes tienen derecho a devengar un salario mínimo incrementado en un porcentaje del 40 %, y los que tenían vinculación como voluntario y luego pasaron a ser soldados profesionales con derecho a devengar por disposición legal un salario mínimo más un incremento del 60 % sobre el mismo salario:

"ARTICULO 1. ASIGNACION 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%)". (Subraya el despacho).

El Ejecutivo, en el mencionado decreto reglamentario 1794 de 2000, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales, dio aplicación al principio de respeto por los derechos adquiridos, disponiendo conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985², cuyo artículo 4 establecía que estos tenían derecho a recibir como sueldo, una “*bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60 %*”; mientras que, los

² “Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”

soldados profesionales que se vincularan a partir de la vigencia de dicha norma se acogerían íntegramente a las reglas salariales y prestacionales del nuevo decreto.

El Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016³, abordó el tema salarial y prestacional del personal de soldados voluntarios que decidieron pasar a ser soldados profesionales bajo la nueva normatividad, indicando la existencia de un régimen de transición, en aras de la protección del salario que venían disfrutando los soldados voluntarios, en virtud del principio de la conservación de sus derechos adquiridos. Señaló que la interpretación adecuada del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60 %, ello, en garantía de conservar los derechos adquiridos:

"(...) Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 199282 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos".

(...)

"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%".

(...)

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% (...)". (Hemos destacado).

Respecto a los efectos prestacionales de ordenar el reajuste salarial del 20 % a favor de los soldados profesionales que venían como voluntarios, en la misma Sentencia de Unificación, el Consejo de Estado señaló⁴, que de acuerdo con el articulado (2, 3, 4, 5, 9 y 11) del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los soldados profesionales, tanto como los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales, liquidadas con base en el salario básico devengado: prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías y subsidio familiar, es decir, 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 prestaciones mencionadas:

"De acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los Soldados Profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

³ MP: Doctora Sandra Lizeth Ibarra Vélez, referencia: CE-SUJ2 8500133330022013000600.

⁴ Ibídem

"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 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.

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

Artículo 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 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.

(...)

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 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 1º de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto. 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 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 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 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. (...)."

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." (Resaltado fuera de texto).

- Del subsidio familiar.

El subsidio familiar es una prestación propia del régimen de seguridad social, la cual ha sido definida por la Corte Constitucional⁵ como una prestación social de carácter laboral⁶. Para el

⁵ Sentencia C-508 de 1997.

⁶ La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las prestaciones sociales son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de

empleador es una obligación que la Ley le impone, que busca beneficiar las necesidades básicas del grupo familiar del trabajador en relación con la alimentación, vestuario, educación y alojamiento, es decir, es un mecanismo de redistribución del ingreso.

La ley 21 de 1982 definió el subsidio familiar como *"una prestación social pagadera en dinero, en especie y en servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como nivel básico de la sociedad"*⁷.

Dicha normatividad dispuso que todos los empleadores, tanto del sector privado como del sector público, tienen la obligación de realizar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido, sobre la nómina mensual de salarios y que dicho beneficio opera como un mecanismo de solidaridad, tanto entre trabajadores de distintos niveles salariales, como entre diferentes empleadores, que tiene como beneficiarios directos a los trabajadores que cuentan con menos recursos⁸.

En el caso específico de los soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares, el régimen salarial y prestacional es de carácter especial y se encuentra regulado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, así:

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

Posteriormente, fue expedido el Decreto 3770 de 2009, que derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000, dejando el subsidio familiar vigente solamente para aquellos soldados profesionales e infantes de marina que a la fecha de entrada en vigencia del nuevo decreto lo estuvieren percibiendo y aclarando que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 mencionado es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual, es decir, únicamente quedó vigente para aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales que al 30 de septiembre de 2009 lo estuvieren percibiendo.

Finalmente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se trae nuevamente el subsidio familiar para soldados profesionales e Infantes de marina profesionales casados, con unión marital de hecho vigente o viudos a cargo de hijos, que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, quienes, a partir del 1.º de julio de 2014, tendrían derecho a percibir por subsidio familiar, el 20 % de la asignación básica para la cónyuge, más el 3 % por el primer hijo, el 2 % por el segundo y el 1 % para el tercero, sin que se pueda percibir más del 6 % de la asignación básica por este concepto:

"Artículo 1. 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 con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por veinte (20%) de la asignación básica para la cónyuge compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993.

⁷ Artículo 1 de la Ley 21 de 1982.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-440 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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: Par 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 para este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARAGRAFO I. 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.

PARAGRAFO 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).

PARAGRAFO 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".

Luego, el Consejo de Estado mediante sentencia de 8 de junio de 2017 declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 con efectos ex tunc, y señaló que las disposiciones contenidas en el mencionado decreto, que eliminaban el subsidio familiar para los soldados profesionales eran contrarias a los fines esenciales del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política, además de vulnerar los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, así mismo afectaban el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social:

"(...) 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".

Sentencia anulatoria que fue adicionada y aclarada mediante providencia de 8 de septiembre de 2017 por la misma Corporación⁹, en la cual se precisó:

"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". (Destaca el despacho).

De esta manera, desde el momento en que se encuentra en firme la providencia proferida por la alta Corporación, que anuló el Decreto 3770 de 2009, se entiende vigente el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es decir, que, soldados profesionales que contraieron matrimonio o declararon su unión marital de hecho a partir del 14 de septiembre de 2000 y

⁹ Consejo de Estado, Sentencia con radiado nro. Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065- Número interno: 0686- Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

hasta antes del 24 de junio de 2014, su derecho al subsidio familiar se rige en un todo por el Decreto 1794 de 2000.

Por otro lado, los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon su unión marital de hecho a partir del 24 de junio de 2014, el subsidio familiar les será reconocido, liquidado y pagado conforme el Decreto 1161 de 2014.

- Prima de actividad.

En sentencia de 16 de abril de 2009¹⁰, el Consejo de Estado explicó que desde su creación, la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

El Gobierno Nacional bajo las pautas trazadas por el Congreso de la República en cuanto al régimen prestacional de la Fuerza Pública, fijó a partir de varias normas lo concerniente a la prima de actividad, en los porcentajes correspondientes, teniendo en cuenta para cada caso, los años de servicio y la condición del servidor, es decir, si se trataba de Agente de Policía, Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. En tal sentido, precisó la corporación respecto de la prima de actividad, que mediante los Decretos 613 de 1977, 2062 de 1984 y 0096 de 1989 se estableció el derecho a la Prima de Actividad para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.

Luego, el Decreto 1211 de 1990 extendió ese derecho a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en Servicio Activo, y posteriormente, a través del Decreto 1214 se dispuso que la prima de actividad sería reconocida a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

Finalmente, el Decreto 324 de 19 de febrero de 2018 dispuso que la prima de actividad de que trata el art. 38 del Decreto 1214 de 1990, artículos 84 del Decreto – Ley 1211 de 1990 y 68 del Decreto – Ley 1212 de 1990, será del 49.5 %.

De esta forma, se colige de las normas antes mencionadas, que los soldados profesionales sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y de navidad, así como el subsidio familiar y cesantías, las cuales deben calcularse teniendo en cuenta el salario básico. Sin embargo, a favor de este personal el legislador NO consagró la prima de actividad.

- De la excepción de inconstitucionalidad.

El artículo 4.º superior dispone que la Constitución es norma de normas y que, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Lo anterior quiere decir, que la vía de excepción constituye una obligación expresa del juez de inaplicar o desconocer una norma de inferior jerarquía en procura de respetar el mandato superior, únicamente vinculante respecto de los sujetos procesales.

De esta forma, se tiene que el control por vía de excepción consagrada en el artículo 148 de la ley 1438 de 2011, consiste en un mecanismo del que puede hacer uso el juez oficiosamente o a petición de parte en los procesos cuya finalidad sea dejar sin efectos un acto administrativo cuando vulnere la Constitución Política, decisión que solamente opera entre quienes hagan parte del litigio¹¹:

"[...] De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que

¹⁰ Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Rad: 25000232500020021019401(2137-07).

¹¹ Corte Constitucional sentencia C-122 de 2011.

*aplicar una norma jurídica en un caso concreto*¹². Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución". (Destaca el despacho).

Al respecto, el Consejo de Estado¹³ ha dicho que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles con las normas constitucionales.

En este orden, se entiende que la supremacía constitucional que se deriva del artículo 4. ° mencionado, hace referencia a las normas constitucionales que deben prevalecer sobre la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía que vayan en contra de aquellas constitucionales que también amparan un derecho. En consecuencia, los principios que deben protegerse en este contexto son los relativos a los derechos fundamentales de las personas.

- Principio de igualdad.

De otra parte, el artículo 13¹⁴ de la Constitución Política regula 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.

Además, en criterio de la Corte Constitucional, con fundamento en el principio de no discriminación, 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 persigue"*¹⁵.

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶, ha sostenido respecto de la interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación, que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación:

¹² Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, "El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexecutable sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge" (Negrillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284)

¹³ Sentencia del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13).

¹⁴ ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996, M.P.: Julio Cesar Ortiz Gutiérrez

¹⁶ Por medio de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972 el Congreso de la República aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

"(...) Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado¹⁷ que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico¹⁸.

Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto¹⁹. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias²⁰.

(...)

La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley"²¹. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana²². (...) "²³

Ahora bien, con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente sin justificación alguna, o, dicho de otra manera, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual.

Para tal efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad²⁴, 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; iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

¹⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, supra párr. 55.

¹⁸ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra, párr. 269.

¹⁹ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, supra nota 118, párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra, párr. 271.

²⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, supra nota 118, párr. 104; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

²¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota, párrs. 53 y 54 y Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

²² Mutatis mutandi, Caso Aritz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y Caso Barbani Duarte y otros, supra nota 91, párr. 174.

²³ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

²⁴ 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.

TERCERA: Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Recordemos que en el presente asunto, el demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo ficto negativo, que tuvo origen por la falta de respuesta expresa a la petición presentada por él el 25 de agosto de 2018, a través de la cual solicitaba el reajuste salarial del 20 % de su salario básico, la reliquidación del subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad, pretensiones que se entienden fueron negadas por la entidad accionada.

Encontramos que se acreditó que el señor MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR ingresó a las filas del Ejército Nacional inicialmente con la prestación del servicio militar obligatorio, desde el 23 de enero de 2010 hasta el 15 de junio de 2011; posteriormente, como alumno soldado profesional en el periodo comprendido entre el 25 de julio y el 2 de noviembre de 2013; y, **a partir del 3 de noviembre de 2013 en calidad de soldado profesional**, cargo que desempeña hasta la actualidad.

También está acreditado, de acuerdo con la información que reposa en la hoja nro. 61 de la Orden Administrativa de Personal nro. 2404 de 6 de octubre de 2016, que el accionante recibe subsidio familiar, por la esposa, señora MARÍA VICTORIA AGUIRRE BENAVIDEZ, a partir del 25 de mayo de 2016, y, por su hijo en común, llamado JHOAN SEBASTIAN BARREIRO AGUIRRE.

Según el histórico de nómina del accionante, para el mes de diciembre de 2022, percibió, entre otros haberes:

Sueldo básico:	\$1'400.000
Seguro de vida:	\$ 17.311
Subsidio familiar (23%):	\$ 322.000
BONOROPUPF (25%):	\$ 350.000
PRSOLVOL (52%):	\$ 728.000

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra probado que la vinculación del actor como soldado profesional ocurrió a partir del año 2013, es decir, en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 del año 2000, **sin que hubiere tenido vinculación previa como soldado voluntario**, razón por la cual, su asignación salarial mensual equivale a un salario mínimo incrementado en un 40 %, como lo prevé el artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000.

En efecto, para el año 2022, el salario mínimo legal mensual vigente era de \$ 1'000.000, que incrementado en un 40 %, equivale a \$1.400.000, que corresponde precisamente al Sueldo Básico devengado en el mes de diciembre de 2022 por parte del señor Manuel Fernando Barreiro Villamizar.

Debe aclararse en este momento, que la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016, a la cual se hizo referencia *ut supra*, se refirió a los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, quienes serían beneficiarios del régimen de transición tácito en materia salarial (artículo 4 de la Ley 131 de 1985), esto es, se les debe reconocer un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%, a pesar de aplicárseles íntegramente el estatuto personal de los soldados profesionales (Decreto 1794 de 2000), **en virtud de que no se podía desmejorar sus condiciones**, atendiendo el principio de progresividad y de los derechos adquiridos.

Ahora bien, atendiendo las precisas solicitudes del apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, procede el despacho a citar las disposiciones de la Corte Constitucional, en el orden en que fueron desarrollados los argumentos, para realizar un análisis que nos permita descender a una decisión de fondo.

En principio sostiene el apoderado del señor Manuel Fernando Barreiro -hablando del juicio de igualdad en la modalidad de trabajo igual salario igual-, que la **sentencia T-097 de 2006**, indica que la diferencia salarial no puede sustentarse en argumentos meramente formales como la fecha de vinculación a un cargo. Destaca en su intervención que es evidente que no puede compararse al soldado voluntario con el soldado profesional porque se encuentran

regulados por normas diferentes, sino que solicita la comparación respecto del cargo y las funciones que desempeñan.

En la mentada sentencia de tutela, la accionante en calidad de Directora de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, reclama que se le pague la bonificación de gestión judicial que perciben los magistrados de Tribunal y otros funcionarios, sin importar su fecha de vinculación al cargo. En su contestación, la entidad negó la solicitud, bajo el argumento de que únicamente tienen derecho a percibir la bonificación por gestión judicial quienes ocupen los cargos taxativamente señalados en el artículo 1.º del Decreto 4040 de 2004, y se hayan posesionado antes de su entrada en vigencia. La Corte Constitucional resolvió amparar el derecho a la igualdad de la accionante y ordenó que se le pague a partir de la fecha de su posesión, la misma remuneración que por todo concepto devengan los directores de unidad. Ello, tras considerar que la existencia de una diferencia salarial entre trabajadores que se encuentran en similares condiciones, debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable, sin que sea un sustento válido la fecha de vinculación a un cargo, menos sí, el cargo ha sido asimilado a otro para todos los efectos, sin embargo, resaltó que el reconocimiento de una misma remuneración para los servidores públicos que ingresen a desempeñar los cargos de Director de Unidad de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4040 de 2004, no significa que se está haciendo extensivo el pago de la bonificación por gestión judicial a nuevos cargos, ya que era evidente que se trata de cargos que existían con anterioridad a la expedición del mencionado decreto. Aduce la Corte que cosa distinta es que las situaciones individuales y concretas para eventuales reclamaciones judiciales que pudieran culminar con la conciliación o la transacción a que se refiere ese decreto, no se extienden a quienes fueron nombrados con posterioridad a la vigencia del mismo en esos cargos.

De manera que, si bien la Corte Constitucional considera que una fecha de vinculación no constituye un argumento válido para disponer una diferenciación salarial o prestacional, también aclara que el reconocimiento no se hace extensivo a nuevos cargos, es decir, a quienes fueron nombrados con posterioridad a la vigencia de la norma en esos cargos.

En ese sentido, **la aplicación de este precedente no es aplicable al caso concreto**, en principio porque se trata de una sentencia interpartes, es decir, resuelve una situación jurídica particular de una funcionaria de la Rama Judicial; así mismo, por cuanto se aclara en la misma sentencia que el reconocimiento procede para aquellos cargos que ya existían y no para quienes fueron nombrados en esos mismos cargos con posterioridad a la vigencia de la norma que creó la bonificación. Ahora, tampoco puede interpretarse que este tipo de amparo del derecho a la igualdad es absoluto, si se tiene en cuenta que la máxima autoridad constitucional ha mantenido de manera pacífica la postura bajo la cual, la existencia de una diferencia salarial entre trabajadores que se encuentran en similares condiciones, debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable, línea que prevalece en la sentencia de unificación 519 de 1997, y sobre la cual se referirá este despacho más adelante, en el juicio de igualdad.

En cuanto a la sentencia **T-355 de 2000**, el apoderado hace alusión a la inversión de las cargas probatorias en el juicio de igualdad, para indicar que cuando quien alega el trato desigual, solamente debe aportar el término de comparación. Bien, al respecto la Corte Constitucional al resolver el caso concreto, - en el cual el representante legal del Sindicato de Profesores de la Universidad Santiago de Cali "SIPRUSACA" solicita la nivelación salarial de los profesores vinculados mediante contrato a término indefinido, quienes se afirma, perciben una remuneración menor a los vinculados a través de contrato hora cátedra -, reitera que el derecho a la igualdad salarial constituye un derecho fundamental reconocido y garantizado por el artículo 13 de la Constitución, y que específicamente el derecho - a trabajo igual, salario igual -, está previsto en el artículo 143 del CST. Hace énfasis en el derecho a la no discriminación, es decir, el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, que se torna, en consideración de la Corte, en el principio laboral *a trabajo igual salario igual*, según el cual las preferencias personales - subjetivas - del propietario o administrador de la empresa no constituyen razón suficiente para diferenciar a los trabajadores en materia salarial, lo que implica que no solamente se prohíbe la diferenciación salarial en razón de alguno de los criterios sospechosos contenidos en el artículo 13 de la Carta - sexo, raza,

origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica -, sino que, en principio, se prohíbe toda diferenciación que no pueda ser razonablemente justificada. En este asunto, la Corte negó el amparo solicitado, por encontrar que existen justificaciones de compensación entre las dos vinculaciones, tales como los factores salariales que perciben los docentes vinculados a término indefinido. Sobre la inversión de la carga de la prueba, nada refiere la sentencia de tutela invocada.

Sobre este fallo de la Corte, el despacho observa que respecto a la diferenciación salarial, se trae la misma posición aplicada hasta la actualidad, según la cual, debe estar fundamentada en una justificación objetiva.

En este mismo punto el apoderado del demandante aduce que conforme la **sentencia T-247 de 2000**, es a la entidad a quien le corresponde probar que el trato desigual está ajustado a Derecho, sin embargo, la entidad no lo hizo, y que, la consecuencia jurídica cuando ello ocurre, es que debe terse por cierto que hubo una discriminación según lo establece la **sentencia T-863 de 2011**.

Frente a esta intervención del mandatario de la parte demandante, debemos señalar que la **sentencia T-247 de 2000** no tiene relación con los argumentos expuestos por él, pues la misma hace referencia a un caso en el cual, el seguro social se niega a darle unas incapacidades al accionante por presentar una anomalía en sus ojos.

Ahora, respecto a la **sentencia T-863 de 2011**, se observa que en efecto, la Corte Constitucional al estudiar la tutela instaurada por un funcionario de la Procuraduría General de la Nación al considerar que su traslado de sede se dio por pertenecer al grupo minoritario LGTBI, se refiere a la carga de la prueba en casos de discriminación, para indicar que, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, caso en el cual se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar **de manera aceptable** que el acto no fue discriminatorio, y que, si la administración no lo hace, debe tenerse por cierto que hubo discriminación.

Bien, en el presente caso se observa que la defensa de la entidad demandada – *al ser un asunto de pleno derecho* –, sí aportó su carga legal y argumentativa en la contestación de la demanda y en sus intervenciones finales, refiriéndose a cada tema frente al que se estructuran las pretensiones de la demanda, a saber:

Respecto a la **reliquidación del 20 %** señaló la normativa aplicable a los soldados profesionales, e hizo referencia a que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SU J2 de 2 de agosto de 2016, sostuvo que existe una diferencia entre los soldados voluntarios regidos para entonces por la Ley 131 de 1985 que dispone el reconocimiento de un (1) salario mínimo aumentado en un 60%, quienes por el principio de evolución que ha tenido la fuerza, pasaron a ser profesionales y que por disposición del decreto 1793 de 2000 quedaron devengando un (1) salario mínimo aumentado en un 40%, razón por la que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en dicha sentencia de unificación, determinó que en ese caso existía una regresividad de los soldados **voluntarios**, y que por tanto debía reliquidarse su asignación básica en un 20% adicional, como lo venían devengando.

Respecto a este tópico, también sostuvo el apoderado del Ejército Nacional que dicha disposición del Consejo de Estado no es aplicable al caso concreto, porque según el expediente administrativo, el soldado profesional Manuel Fernando Barreiro nunca ostentó la calidad de soldado voluntario, y por lo tanto no puede aplicarse el trato que al soldado profesional que antes fue voluntario, destacando que el mismo Consejo de Estado sostuvo que no se veía vulnerado el derecho a la igualdad en tanto no era posible realizar un test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por primera vez, porque las razones fácticas y jurídicas de vinculación a la fuerza son diametralmente diferentes, por lo tanto, afirma que no puede predicarse un trato igual entre personas que accedieron a la Fuerza de una manera diferente.

Ahora, en relación al **subsidio familiar**, citó la norma aplicable al caso concreto y manifestó que el demandante cumplió con las exigencias legales para percibir el subsidio familiar en vigencia del decreto 1161 de 2014, por lo que no podría aplicársele una norma ya derogada.

Al referirse a la **prima de actividad**, citó la sentencia del Consejo de Estado del 24 de julio de 2021 del magistrado William Hernández Gómez, en la cual se indica que no se trata de una diferenciación entre los oficiales o suboficiales y soldados profesionales el no reconocimiento de dicha prestación al soldado profesional, sino que no existe dentro de la regulación constitucional, normativa y reglamentaria, una norma que permita reconocerle a los soldados profesionales la prima de actividad.

Según lo expuesto, a juicio de esta autoridad judicial, conforme al marco jurídico y supuesto de hecho el apoderado de la parte demandada sí prueba de manera aceptable que el demandante no fue objeto de discriminación, toda vez que señala puntualmente las normas que le son aplicables como soldado vinculado a la Fuerza Pública directamente como soldado profesional, destacando para el caso de la diferencia salarial, que los soldados que fueron vinculados inicialmente como voluntarios, tienen derecho a la reliquidación del 20%, en tanto ya lo venían devengando, por lo que a la postre, disminuir la cuantía de un derecho ya reconocido o adquirido por dicho grupo, vulneraría el principio de no regresividad en el desarrollo de un derecho social.

Asimismo, de las pruebas que obran en el expediente, se observa que, si bien el señor Barreiro Villamizar prestó su servicio militar obligatorio entre el 3 de enero de 2010 hasta el 15 de junio de 2011, fue posteriormente que adquirió su calidad de soldado profesional, a partir del 3 de noviembre de 2013, después de haberse vinculado como alumno entre el 25 de julio y el 2 de noviembre de 2013. Es decir, se vinculó directamente como soldado profesional el 3 de noviembre de 2013, siendo regido en consecuencia por el decreto 1793 de 2000, que dispone expresamente un salario mínimo incrementado en un porcentaje del 40 %, sin que ello constituya una discriminación o un trato desigual respecto a los soldados voluntarios quienes tienen derecho a que se les garantice el 20% reconocido por una ley anterior.

Además, como ocurre en las sentencias de tutela anteriores sobre las que se pide la aplicación del precedente, no son *inter comunis*, por lo que sus efectos jurídicos son aplicables únicamente a las partes. Dicho de otra manera, no tiene efectos erga omnes. En tal virtud, este precedente en el caso concreto no es aplicable al señor Manuel Fernando Barreiro, por cuanto la defensa del Ejército Nacional con su base argumentativa desvirtuó que el no reconocimiento de los emolumentos solicitados en vía administrativa se debiera a razones discriminatorias o subjetivas. De ahí que las razones manifestadas por la parte demandante no resultan ser indiciarias de una vulneración al derecho a la igualdad y en consecuencia no hay lugar a presumir la existencia de un trato discriminatorio.

Y es que este asunto no se reduce solamente a la fecha de vinculación del demandante a la institución, sino también a todo un andamiaje jurídico que prevé en las cargas públicas, la aplicación de los preceptos legales y constitucionales, tales como la garantía del sostenimiento de los derechos adquiridos y por contera de su no regresividad. No puede entenderse que el mandato de la progresividad se aplique sobre derechos o reconocimientos que nunca se han tenido, pues en palabras de la Corte Constitucional al proferir la sentencia **T-1318 de 2005**, esa progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida *prima facie*, lo que quiere decir que la prohibición de un retroceso frente a una carga que se hace insostenible para el Estado no es absoluta, sino que debe estar justificada para que sea constitucional, supuestos que no se configuran en el caso concreto, donde el accionante nunca tuvo la condición de soldado voluntario.

Ahora, frente a la **prima de actividad**, solicita el apoderado del demandante la aplicación del mismo precedente o principio *“a trabajo igual, salario igual”*, visto desde un punto de vista comparativo, para lo que solicita tener en cuenta que la prima de actividad no tiene naturaleza salarial sino prestacional, lo que conlleva en su criterio, a realizar un juicio de igualdad básico, en tanto afirma que lo que paga la prima de actividad es la permanencia

activa en la institución, sin que tenga relevancia el cargo que ocupan, las funciones que desempeñan, la responsabilidad o la formación que tienen quienes sí la perciben.

Bien, respecto a este reconocimiento, ha de recordarse que el Consejo de Estado mediante sentencia de segunda instancia, en el expediente con nro. de radicado 52001-23-33-000-2017-00665-01(5170-19) de 24 de junio de 2021, al estudiar la excepción de inconstitucionalidad del decreto 1794 de 2007 por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, realizó el análisis de los principios de igualdad, progresividad y efectuó el test de igualdad, respecto al reconocimiento de la prima de actividad reclamada por el grupo demandante.

Al hacer la referencia normativa, el máximo Tribunal Administrativo señaló la naturaleza jurídica de la prima de actividad, precisando que esta fue reglamentada inicialmente para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo y posteriormente, se hizo extensiva a los Oficiales y Suboficiales activos de la Policía Nacional, concluyendo que dicho emolumento desde su creación fue previsto a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, exclusivamente en los grados mencionados.

Y, frente al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, sostuvo que este grupo sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y cesantías, las cuales deben calcularse teniendo en cuenta el salario básico. Sin que se observe la inclusión de la prima de actividad a favor de este personal.

En la mencionada sentencia, el Consejo de Estado manifestó que la especial función que deben desarrollar los miembros de la Fuerza Pública fue la razón por la cual la **Constitución Política admitió un tratamiento legal distinto al contenido en el régimen general de seguridad social**, así se desprende de los artículos 217 y 218 de la Carta, que señalaron que la Ley determinaría, entre otros aspectos, el sistema prestacional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que, al interior del Estado Social de Derecho la concepción de un régimen especial para las Fuerzas Militares y de Policía persigue la efectividad de los principios de igualdad material y equidad, así como del derecho a la seguridad social, y de esta manera, se antepone el respeto de la dignidad humana y se garantiza la vigencia de un orden justo, entendimiento que aduce el alto Tribunal, se armoniza con las consideraciones que la Corte Constitucional ha expuesto en varias oportunidades, en las cuales, ha sostenido que la existencia de normas particulares en esta materia para la Fuerza Pública no vulnera el derecho a la igualdad, sino que ofrece mejores garantías *“en aras de equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente”*²⁵.

Aunado a lo expuesto, el Consejo de Estado retomó las consideraciones que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-432 de 2004, en la cual se efectuó el control de constitucionalidad del Decreto 2073 de 2003, que reformaba el régimen pensional de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, en la cual se hizo alusión a varios aspectos trascendentes, entre ellos, el que *“los decretos expedidos por el Gobierno en desarrollo de las leyes marco tienen naturaleza administrativa o de ejecución, de ahí que es la justicia de lo contencioso administrativo la competente para ejercer su control de constitucionalidad”*.

Así, al aplicar el test de igualdad respecto a la presunta discriminación por no reconocer a los soldados profesionales la prima de actividad, pese a que tanto ellos como los oficiales y suboficiales hacen parte de la estructura del Ministerio de Defensa, se precisó:

“Sobre el punto, se destaca que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»²⁶, por lo que 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, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes

²⁵ Corte Constitucional Sentencia C-941 de 2003, reiterado en la T-512 de 2009

²⁶ T-587 de 2006.

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; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»²⁷, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad»”.

Y bajo esa óptica, señaló que: *“(i) la comparación solicitada en el sub lite no es procedente, habida cuenta de que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, los cuales pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. En efecto, los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes²⁸. Es decir que, los criterios de distinción que hace el Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública obedecen a distinciones razonables, como el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder a cada grado. (ii) La normativa que rige cada uno de los grupos de miembros de las Fuerzas Militares y personal Civil del Ministerio de Defensa parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial y prestacional, sin que ello constituya de manera alguna, una discriminación, porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil. Obsérvese que los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores prudentes que el mismo legislador ha previsto dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se requieren calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica entonces la distinción salarial. (iii) de acuerdo con lo regulado en el artículo 2.º 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. Es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones. Así, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan. (iv) 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”.*

Así se concluye que no se presenta vulneración al principio de igualdad del demandante, en tanto la prima de actividad nunca fue prevista en favor de los soldados profesionales, por cuanto existen razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los miembros beneficiarios de las normas, como la naturaleza de sus funciones, que no permiten equipararlos como iguales.

Continúa el apoderado del demandante argumentando frente al reconocimiento del **subsidio familiar** que, según lo dispone la **sentencia de unificación 129 del 2021**, cuando en el marco de un proceso laboral se dicta un fallo *non liquet*, con el argumento de que el enunciado descriptivo no ha sido probado por la parte a quien corresponde la respectiva carga, sin hacer uso de las competencias probatorias oficiosas, se configura un defecto fáctico en su dimensión negativa y, de manera consecuente, se violan los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, cita que textualmente toma del mentado fallo de unificación, al suponer que el despacho decidiría sobre las pretensiones de la demanda sin las pruebas útiles, conducentes y pertinentes que, al no ser procedente la inversión de la carga de la prueba, le correspondía aportar a la parte interesada, máxime tratándose de los registros civiles de matrimonio y de nacimiento de su hijo, lo que deviene en una conducta negligente, por estar en mejor posición de aportarlos. Tampoco es cierto que no se pueda argumentar que la carga le correspondía a la parte sin haber ejercido las facultades probatorias de obligatorio cumplimiento, toda vez que el despacho no solamente requirió con el auto admisorio de la demanda el expediente administrativo, sino que mediante autos interlocutorios núm. 002 de 16 de enero de 2023, 108 de 31 de enero de 2023, y 206 de 14 de marzo de 2023, solicitó la remisión del mismo y, adicionalmente abrió incidente de

²⁷ Ibidem.

²⁸ 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.

imposición de sanción contra el Director de Personal del Ejército Nacional, el cual se dará por terminado, toda vez que las pruebas requeridas fueron allegadas al proceso.

Según lo expuesto, no le asiste razón al apoderado del señor Barreiro Villamizar, puesto que, si bien el despacho no rotuló sus autos como “*prueba de oficio*”, sí ejerció su autoridad para solicitar el expediente administrativo, por lo tanto, el fallo no será inhibitorio.

Finalmente, alega el mandatario judicial que hay presunción de inconstitucionalidad respecto del acto administrativo que niega el subsidio de familia, porque – según lo afirma – el artículo 48 de la Constitución dice que los derechos prestacionales se deben modificar de manera progresiva, y una modificación regresiva de un derecho prestacional se presume *prima facie*, inconstitucional, y hace alusión a que en el caso concreto, el artículo 11 del decreto 1161 de 2014 que reconoce este derecho prestacional, es menos favorable que el subsidio familiar que preveía el decreto 1794 de 2000, por lo que solicita que no se declare la nulidad del acto administrativo, sino que se inaplique el mencionado decreto 1161 para aplicar directamente la Constitución, teniendo en cuenta que la entidad no desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad planteada. Así, solicita que el despacho tenga como fuente normativa las sentencias C-038 de 20054, C-671 de 2002, C-931 de 2004, T-1318 de 2005, T-47 de 2007, T-273 de 2007, T-418 de 2007.

Las mencionadas sentencias señalan en común que, toda limitación de un derecho es en principio inconstitucional y existe una carga para quien lo limita, de demostrar que esa limitación es constitucional y si no lo logra la norma es inconstitucional. Excepto las sentencias T-47 de 2007 que no se estudia de fondo por improcedente, la T-273 de 2007 que trata del derecho a la salud de la accionante, y la T-418 de 2007 que trata sobre el retroceso en la garantía del derecho a la salud de los padres de los docentes afiliados al FOMAG que fueron excluidos como beneficiarios del sistema de salud.

Así se tiene que, la limitación a un derecho se presume inconstitucional, siempre y cuando no existiese una justificación razonable, sin embargo, como se expondrá a continuación, el Consejo de Estado zanjó la discusión del principio de progresividad respecto de la creación del derecho del subsidio familiar.

En principio, se debe puntualizar que lo que aquí se debate no es el derecho del reconocimiento a dicho subsidio, por cuanto el demandante ya cuenta con el mismo, lo que nos lleva a concluir que lo que se debe determinar es, si es procedente ordenar la reiquidación de dicha prestación conforme lo pretendido en la demanda, y en consecuencia, se deberá analizar la legalidad del acto administrativo que negó el reajuste solicitado.

Recapitulando, mediante el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales, disposición que fue derogada mediante dereto 3770 de 2009 y posteriormente mediante decreto 1161 de 2014 se volvió a crear para dicho cargo. Posteriormente, el Consejo de Estado mediante sentencia de 8 de junio de 2017, declaró la nulidad del decreto 3770 de 2009 con efectos *ex tunc*, dejando vigente nuevamente y con efectos retroactivos el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 previamente derogado, esto es, como si nunca hubiera salido del ordenamiento jurídico, disposición que fue objeto de aclaración por la misma Corporación, indicando lo siguiente:

"(...) 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".

Contra el fallo de 8 de junio de 2007 del Consejo de Estado, se promovió acción de tutela, que fue negada en segunda instancia con fundamento en lo siguiente:

"Por tanto, lo que se encuentra es que la autoridad judicial demandada analizó de forma razonada la incidencia del decreto demandado en el principio de progresividad, pues

precisó que las disposiciones contenidas en el decreto acusado²⁹ constitúan per se un retroceso, ya que se trataba de una norma regresiva que afectaba el derecho al trabajo y la seguridad social de los integrantes de las fuerzas militares.³⁰

Recientemente, el Tribunal Administrativo del Cauca³¹ al resolver recurso de alzada en un caso de similares presupuestos fácticos, concluyó que para ese caso el actor tenía derecho al reajuste del subsidio familiar por haberse consolidado su situación jurídica antes de la entrada en vigencia del decreto 1161 de 2014.

Ahora bien, en el caso que atañe al señor Manuel Fernando Barreiro Villamizar, se tiene que su hijo JHOAN SEBASTIAN BARREIRO AGUIRRE nació el **21 de julio de 2013**, esto es, antes de que entrara a regir el decreto 1161 de 2014. Situación distinta ocurre con su esposa MARÍA VICTORIA AGUIRRE BENAVIDEZ, con quien contrajo matrimonio el 27 de febrero de 2016, esto es, después de la vigencia del mencionado decreto cuya legalidad se mantiene hasta la actualidad; **sin que el nacimiento de su hijo tenga la capacidad per se de acreditar una unión marital de hecho** previa al matrimonio. En tal virtud, la situación jurídica del demandante y su hijo se consolidó con el nacimiento de este antes de la entrada en vigencia del decreto 1161 de 2014, **por lo que la norma que se encuentra llamada a regir el reconocimiento solicitado para ellos, es el artículo 11 del decreto 1794 de 2000**. No así para la cónyuge y madre del niño, cuya condición civil se concretó en el año 2016 y la regulación que la gobierna es la prevista en el decreto 1161 de 2014.

En conclusión, respecto de la primera pretensión, no resulta de recibo que la parte actora pretenda desconocer de la realidad fáctica y jurídica que el decreto 1793 de 2000 reguló, esto es, la previa existencia de la Ley 131 de 1985 respecto de los soldados voluntarios y la bonificación que a favor de estos había determinado, por lo cual, en virtud del principio de progresividad y no regresividad, no le estaba dado desmejorarles el salario. No así con los soldados profesionales que a este cargo ingresaron directamente, pues respecto de estos la norma dispuso lo concerniente en materia salarial, hubo creación, no desmejora alguna. De allí, que desconocer el supuesto fáctico que en cada disposición se regula, resulte improcedente.

En ese orden de ideas, como el accionante nunca ostentó la calidad de soldado voluntario y en consecuencia, nunca adquirió el derecho, no existe un trato desigual entre iguales, sino que, el legislador, según lo refiere el mismo precedente invocado, no puede quebrantar el principio de no regresividad del grupo de soldados voluntarios que percibían ese 20 % adicional que hoy reclama el demandante, quien se vinculó al Ejército Nacional directamente como soldado profesional, regido por una regulación nueva o posterior a que la que creó el derecho. Es decir, la condición indispensable para que proceda el incremento del 20 % reclamado, es que el demandante hubiere ostentado la calidad de soldado voluntario, cuya vinculación necesariamente debió presentarse con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, lo que no ocurrió, pues la vinculación data del 3 de noviembre de 2013.

Entonces, frente a la vulneración del derecho a la igualdad en relación con la **remuneración mensual** otorgada a los soldados profesionales que fueron previamente voluntarios y la de los soldados vinculados directamente como profesionales; debe indicarse COMO QUEDÓ AMPLIAMENTE SUSTENTADO en el marco jurídico, que son dos supuestos totalmente diferentes atendiendo a la vigencia de las disposiciones legales a aplicar: la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000, y considerando también la fecha de ingreso al servicio activo, lo cual, amerita un trato distinto, sin que con ello se desconozca el derecho a la igualdad, es

²⁹ Decreto 3770 de 2009.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00859-01(AC). Actor: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSORÍA JURÍDICA DEL ESTADO (ANDJE). Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wnd5MyjUC5gJ:190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet%3Fcorp%3Dce%26ext%3Ddoc%26file%3D2115850&hl=es&gl=co>

³¹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA Sala de Decisión No. 006. Sentencia nro. 091 de 15 de junio de 2023. Radicado: 19001 33 33 008 2020 00132 01. Demandante WILVER JHOANY FONSECA PATIÑO.

decir, existen justificaciones razonables a las que se refiere la Corte constitucional en el precedente desarrollado, incluido el referenciado por la parte demandante.

Tampoco resulta procedente aplicar el principio de favorabilidad, debido a que, se itera, se trata de dos situaciones diferentes, puesto que para la fecha de ingreso al servicio del señor MANUEL FERNANDO BARREIRO, ya no se encontraba vigente la Ley 131 de 1985 que establecía el monto y porcentaje de la remuneración de los soldados voluntarios, y, por tanto, esta normatividad no le rige.

En cuanto a la segunda pretensión, **prima de actividad**, acorde con la normativa analizada en apartes anteriores, se deduce que el régimen salarial y prestacional no la contempla como prestación social a devengar por parte de los soldados profesionales, circunstancia que es advertida por la parte demandante al solicitar la aplicación del principio de igualdad e inconstitucionalidad del régimen aplicado al demandante, para que en su lugar se le reconozca la deprecada prestación.

En ese sentido, estima conveniente el despacho 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.

Lo anterior en razón a que el demandante, considera que es objeto de discriminación al no prever para ellos la prima de actividad, al indicar que los soldados profesionales, oficiales y suboficiales, así como el personal civil hacen parte de la estructura del Ministerio de Defensa.

Sobre el punto, recordemos que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse “*como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática*”, así lo indicó en la sentencia T-587 de 2006, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato diferente, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos:

- (i) que las personas sujeto 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; y
- (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad³², por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, *per se*, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

Bajo esta óptica, en primer lugar, es preciso señalar que:

La comparación solicitada en el presente caso no es procedente, por cuanto no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, los cuales pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. En efecto, los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y, por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes³³.

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

³² Ibidem.

³³ 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.

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

Obsérvese que los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores que el mismo legislador ha previsto dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución, los cuales se basan en diferentes calidades y requisitos que se requieren para cada grado, justificándose así la distinción salarial. Es decir, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, la misma Constitución Política en su artículo 53 impone al legislador una regla de proporcionalidad acorde a las funciones que se desarrollan.

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.

Atendiendo los anteriores argumentos, para el despacho, en el presente caso no existe vulneración a prerrogativas constitucionales que faculden a esta Jueza a desconocer el contenido del régimen salarial y prestacional del soldado profesional, ni el precedente de unificación fijado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Así las cosas, el acto administrativo demandado se ajusta a las normas vigentes aplicables al demandante al considerar que no es beneficiario de la **prima de actividad** por lo que no se configura causal de nulidad alguna que dé lugar al reconocimiento reclamado.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión de reliquidación del **subsidio familiar**, como quedó previamente establecido, el señor BARREIRO VILLAMIZAR se unió en matrimonio con la señora MARÍA VICTORIA AGUIRRE BENAVIDEZ, novedad que reconoció la entidad a partir del año 2016 y tienen un hijo en común cuyo nacimiento se consolidó en el año 2013. Asimismo, que actualmente devenga el subsidio familiar en cuantía equivalente al 23 % de su sueldo básico, es decir, con aplicación del decreto 1161 de 2014. Teniendo en cuenta que, el nacimiento del hijo del demandante es anterior a la fecha de expedición del decreto 1161 de 2014, la norma aplicable al soldado profesional y a su hijo, es la prevista en el Decreto 1794 de 2000.

Adicional a lo anterior, en el caso del demandante se debe tener en cuenta que no tenía una situación jurídica consolidada antes de la expedición del Decreto 1794 de 2000, por lo que presentándose el supuesto de hecho que autoriza el reconocimiento y pago del subsidio familiar en vigencia de dicha norma, conforme a lo indicado en la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, resulta procedente concluir que es la normativa del año 2000, la que se encuentra llamada a regir el reajuste del subsidio. En lo que respecta al subsidio por la cónyuge, debe ser liquidado bajo los parámetros del decreto 1161 de 2014, porque el matrimonio se consolidó en su vigencia.

Por lo anterior, se considera que le asiste derecho al señor Manuel Fernando Barreiro Villamizar a que su subsidio familiar y el de su hijo sea reconocido conforme el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. Para dar mayor claridad sobre la aplicabilidad de las normas mencionadas, se expone cronológicamente la situación del señor MANUEL FERNANDO:

Fecha	14.Sep.2000	30.Sep.2009	21.Jul.2013	24.Jun.2014	6.oct.2016	8.jun.2017	25.ago.2018
Efectos	Decreto 1794 de 2000 – creación del subsidio familiar para soldados profesionales.	Decreto 3770 de 2009 – derogó el subsidio familiar para los soldados profesionales.	Nacimiento de JHOAN SEBASTIAN BARREIRO AGUIRRE	Decreto 1161 de 2014 – crea nuevamente un subsidio familiar para los soldados profesionales.	Fecha de causación de la novedad en subsidio familiar del señor Manuel Fernando	Sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 con efectos extunc.	Solicitud de reajuste del subsidio familiar, de acuerdo al artículo 11 de Decreto 1794 de 2000.

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas por concepto de subsidio familiar, es necesario recordar que, mediante sentencia del 8 de junio de 2017, el Consejo de Estado declaró la nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 del 2009, dejando entonces vigente la aplicación del Decreto 1794 de 2000 a situaciones consolidadas a partir del año 2000 y hasta antes de la vigencia del Decreto 1161 de 2014.

De esta manera, como quiera que solamente a partir de la citada decisión judicial que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 el actor tuvo una expectativa real frente al reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por cuanto solamente hasta ese momento dicha normativa cobró nuevamente vigencia luego de haber sido derogada 4 años atrás, y comoquiera que la petición que dio origen a la actuación administrativa data del 25 de agosto de 2018 y la demanda se puso en marcha el 19 de mayo de 2022, debe concluirse que en este caso no operó el fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Por lo antes expuesto y, en conclusión, este Despacho declarará la nulidad parcial del acto administrativo ficto mediante el cual se negó al demandante el reajuste del subsidio familiar, en lo que respecta al nacimiento de su hijo, puesto que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de esta partida, conforme lo señalado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se repite, solamente respecto de su hijo, norma destinada a regular la situación jurídica particular y concreta presentada a partir del 21 de julio de 2013.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional que proceda a reconocer y pagar a favor del señor MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR, la partida de subsidio familiar a partir del 21 de julio de 2013, solamente respecto de su hijo JHOAN SEBASTIAN BARREIRO AGUIRRE, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, descontando de este valor, las sumas que ya le fueron canceladas por este concepto, habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, al mismo se le viene reconociendo la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1. °. El subsidio familiar por su esposa, debe continuarse liquidando según las disposiciones del decreto 1161 de 2014.

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

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

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas, de igual manera tales diferencias serán objeto de los descuentos de ley en materia de salud, pensión y demás que sean pertinentes.

3.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CGP. Comoquiera que no todas las pretensiones serán negadas, no se impondrá condena en costas con fundamento en el numeral 5 del artículo 365 del CGP.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: Declarar parcialmente probadas las excepciones de INEXISTENCIA DEL DERECHO, APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA, CARGA DE LA PRUEBA, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, propuestas por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, según lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo ficto, mediante el cual se negó al señor MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR el reconocimiento del subsidio familiar bajo el amparo del Decreto 1794 de 2000, por las precisas razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: En virtud de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL a:

- Reconocer y pagar el subsidio familiar del señor MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR, a partir del 21 de julio de 2013, en cuantía establecida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, solamente respecto de su hijo JHOAN SEBASTIAN BARREIRO AGUIRRE.

El subsidio familiar por su esposa, debe continuarse liquidando según las disposiciones del decreto 1161 de 2014.

- Descontar las sumas que ya le fueron canceladas por este concepto al señor MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR, habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, al mismo se le viene reconociendo la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1°.

Los valores resultantes serán indexados conforme la fórmula establecida en la parte motiva de la presente providencia.

La Nación– Ministerio de Defensa– Ejército Nacional deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás descuentos a que haya lugar, siempre y cuando sobre este no se haya efectuado la deducción legal.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en precedencia.

QUINTO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

SEXTO: Se dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437. Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos: mapaz@procuraduria.gov.co; notificaciones.popayan@mindefensa.gov.co; mdnpopayan@hotmail.com; lizamoval@gmail.com; yacksonabogado@outlook.com; notificacionesjudiciales@defensajudicial.gov.co;

En firme esta providencia entréguese copia de la misma con constancia de ejecutoria a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz del artículo 114 del Código General del Proceso, y archívese el expediente.

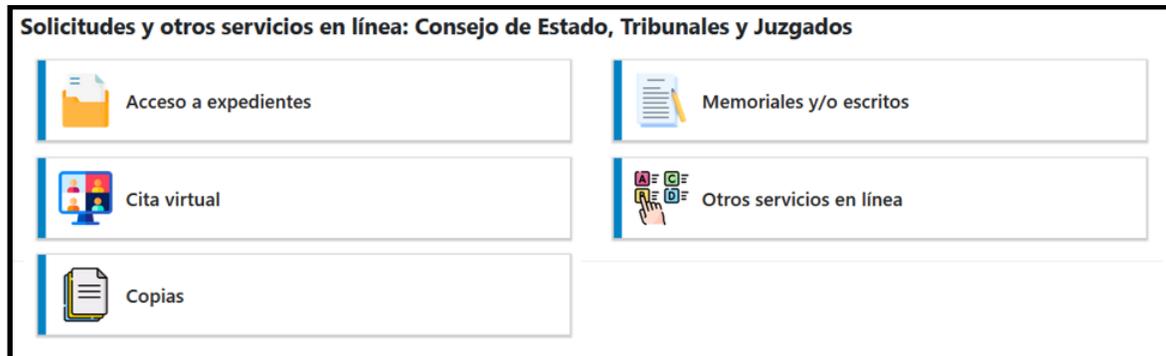
OCTAVO: En cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo PCSJA23-12068 del 16 de mayo de 2023 y en la Circular PCSJC24-1 de 11 de enero de 2024 - Operación de SAMAI en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para todos los efectos, **la comunicación procesal** debe hacerse por la plataforma SAMAI a través de la VENTANILLA VIRTUAL y para la atención de las siguientes solicitudes:

- Acceso a SAMAI
- Radicación de Memoriales

Sentencia NREDE núm. 027 de 29 de febrero de 2024
Expediente: 19-001-33-33-008-2022-00068-00
Demandante: MANUEL FERNANDO BARREIRO VILLAMIZAR
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Solicitud de Copias
- Solicitud de Citas
- Radicación de contestaciones

<https://ventanillavirtual.consejodeestado.gov.co/>



Junto al memorial cargado a SAMAI, el usuario deberá acreditar la remisión del memorial a las partes, en cumplimiento de la carga procesal prevista en el artículo 3 de la ley 2213 de 2022, so pena de la declaración de desistimiento tácito de la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza

ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:
Zuldery Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca

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: **d9dcf24ccdb6b72dde0e75dcfac3e6d473f50b94e880aba27eb3d716e8e30984**

Documento generado en 29/02/2024 07:41:31 AM

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