



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4 # 2-18 Esquina. Emailj08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, cuatro (4) de agosto de 2020.

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2019-00051-00
ACTOR: JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 138

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda e intervención de la parte actora.

Procede el Despacho a decidir la demanda que en Acción Contencioso Administrativa-medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, impetró el señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL (desde ahora EJÉRCITO NACIONAL), a fin de que se declare la nulidad del oficio nro. 20183111820911 del 24 de septiembre de 2018, mediante el cual la Sección de Ejecución Presupuestal -DIPER. del EJÉRCITO NACIONAL negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar al actor; y el oficio nro. 20183172166891 del 7 de noviembre de 2018, expedido por la Sección Nómina, a través del cual se negó el pago e inclusión del incremento de la prima de actividad solicitado por el demandante.

A título de restablecimiento del derecho pretende el actor que se condene a la entidad accionada al reajuste salarial, prestacional y cualquier otra acreencia laboral a que tenga derecho, teniendo en cuenta la inclusión del subsidio familiar y la prima de actividad. De igual forma, pretende el reconocimiento y pago del retroactivo salarial derivado de dicho reajuste.

Como base fáctica, se afirmó en la demanda, que el señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA ingresó al Ejército Nacional el 19 de mayo de 1999, que a partir del 1º de octubre de 2000 su vinculación fue como soldado voluntario y después del 1º de noviembre del 2003 se vinculó como soldado profesional.

Que contrajo matrimonio con la señora NELLY MINA SANTIESTEBAN el 3 de junio de 2016, situación que puso en conocimiento del EJÉRCITO NACIONAL.

Que el 17 de septiembre de 2018 radicó petición solicitando el reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad, naciendo a la vida jurídica los actos administrativos que hoy se demandan.

Como normas infringidas se invocaron las disposiciones de rango constitucional contenidas en los artículos 13, 25, 29, 53 y 58. Y de rango legal los artículos 206 a 214

del Código Contencioso Administrativo; artículo 10 de la Ley 4ª de 1992; Decreto 1211 de 1990; Decreto 1214 de 1990; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

En el concepto de la violación de las referidas normas, en síntesis, se argumentó que el actor tiene derecho al reconocimiento de la prima de actividad que vienen devengando los oficiales, suboficiales y civiles al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, por cuanto se configura una discriminación respecto a los soldados profesionales que conforme al artículo 4º de la Constitución conlleva a una excepción de inconstitucionalidad del Decreto 1211 de 1990.

Respecto del subsidio familiar, se afirmó que el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000 surgió nuevamente a la vida jurídica desde la fecha de su vigencia debido a la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, nulidad que fue ordenada por el Consejo de Estado y conferida con efectos EX TUNC a través de la sentencia del 8 de junio de 2017.

Luego, en su escrito de alegatos, afirmó que se había logrado probar que el señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA perteneció al Ejército Nacional por más de 20 años, y que, en principio, el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesional era el dispuesto en el Decreto 1794 de 2000. Sin embargo, después de hacer un comparativo con el Decreto 1211 de 1990, el cual establece una prima de actividad para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, concluyó que se configuraba una violación al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Invocó el control constitucional o excepción de constitucionalidad, aduciendo que en el presente asunto se debe aplicar el Decreto 1211 de 1990 en lugar del Decreto 1794 del 2000, por ser este contrario a la Constitución.

Frente al reconocimiento del subsidio familiar, argumentó que el actor venía vinculado con el Ejército Nacional desde mayo de 1999, por lo que le era aplicable el Decreto 1794 de 2000, normatividad más favorable que el Decreto 1161 de 2014, siendo este inconstitucional por ser regresivo en los derechos de los soldados profesionales.

1.2.- La oposición.

El Ejército Nacional a través de su mandataria judicial se opuso a las pretensiones de la demanda, sosteniendo que los actos administrativos demandados no adolecen de nulidad, toda vez que no hay discriminación salarial ni violación al derecho a la igualdad.

Sostuvo que la Ley 131 de 1995 y el Decreto 1794 de 2000 establecieron el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales y soldados que prestan servicio militar, los cuales no contemplaron el reconocimiento y pago de la prima de actividad equivalente al 49.5 % del salario básico mensual.

Que el régimen prestacional y salarial para el cuerpo de soldados profesional y el de oficiales, y suboficiales son diferentes.

Respecto a la pretensión de la reliquidación del subsidio familiar, sostuvo que la normatividad consagrada en el Decreto 1794 de 2000 no le era aplicable al señor MONTAÑO VALENCIA, sino el Decreto 1161 de 2014.

Propuso como excepciones *“los actos a impugnar no tienen la connotación de prestación periódica, luego opera el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción”; “carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada” y “cobro de lo no debido”.*

Luego, en su escrito de alegatos de conclusión, se ratificó en los términos de la contestación de la demanda, haciendo énfasis en que la normatividad aplicable al actor en el tema del subsidio familiar es el Decreto 1161 de 2014.

Frente a la pretensión del reconocimiento de la prima de actividad, argumentó que el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales era el consagrado en el Decreto 1794 de 2000, el cual difería de las disposiciones legales y prestacionales establecidas para el cuerpo de oficiales y suboficiales y consagradas en el Decreto 1211 de 1990, los cuales tenían una finalidad de realizar funciones administrativas, de operación y logística, que requiere una formación adecuada, por lo que no existía una vulneración al derecho a la igualdad.

1.3.- Intervención del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público no rindió concepto dentro del asunto que nos ocupa.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos de competencia y caducidad.

Como se trata de determinar la legalidad de un acto administrativo en virtud de la función administrativa a cargo de la Nación, por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el último lugar donde se prestó el servicio este Juzgado es competente en primera instancia para resolverlo (artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011).

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA no ha caducado, puesto que la demanda se interpuso dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del acto administrativo demandado, como lo dispone el literal b) numeral 2º del artículo 164 del CPACA, así:

El acto administrativo contenido en el oficio nro. 20183111820911 del 24 de septiembre de 2018 fue remitido por correo certificado el 1º de octubre de 2018; y el acto administrativo contenido en el oficio nro. 20183172166891 del 7 de noviembre de 2018, conforme a la guía de envío por la empresa de correos 472 tomó lugar el 11 de noviembre de 2018 cuando la Sección de Nómina del EJÉRCITO NACIONAL le negó al actor su solicitud de incluir la prima de actividad dentro de sus haberes prestacionales.

En ninguno de los dos casos se acreditó que se haya surtido la notificación personal, por lo que, en gracia de discusión, teniendo en cuenta la fecha del envío del último acto administrativo, en principio el accionante tenía hasta el 12 de marzo de 2019 para incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como la solicitud de conciliación prejudicial fue radicada el 6 de febrero de 2019 y se realizó el 8 de marzo de 2019, la demanda presentada el 11 de marzo de 2019, se encuentra dentro del término legal de caducidad del medio de control.

2.2.- Problema jurídico.

Corresponde al Despacho determinar la legalidad de los actos administrativos enjuiciados y contenidos en los oficios nro. 20183111820911 del 24 de septiembre de 2018, mediante el cual la Sección de Ejecución Presupuestal -DIPER. del EJÉRCITO NACIONAL negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar al actor; y el oficio nro. 20183172166891 del 7 de noviembre de 2018 expedido por la Sección Nómina, a través del cual se negó el pago e inclusión del incremento de la prima de actividad; o si, por el contrario, le asiste razón al señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA en cuanto a que estos se encuentran viciados de nulidad.

En ese orden de ideas se establecerá si hay lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 1794 de 2000 respecto de la prima de actividad que prevé el régimen de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Así también, se establecerá si la aplicación del Decreto 1162 de 2014 en la liquidación del subsidio familiar del accionante vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad.

2.3.- Marco jurídico.

Como fuente del derecho para decidir el litigio se tendrá en cuenta los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, la Ley 4 de 1992, los decretos 1211 de 1990, 1793 y 1794 de 2000.

Igualmente se tendrán en cuenta las reglas jurisprudenciales sentadas en los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado:

- Sentencia de unificación SUJ2-015 19 del 25 de abril del 2019, la cual fijó reglas jurisprudenciales en reliquidación de asignación de retiro de los soldados profesionales y concluyó que no existía un trato desigual entre los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales.
- Sentencia del 8 de junio de 2017, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B; Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10), mediante la cual declaró la nulidad del Decreto 3770 del 2009. La demanda de nulidad se sustentaba en que vulneraba el principio de igualdad, mínimo vital e iba en contravía de los fines esenciales del Estado al pretermittir los derechos adquiridos al subsidio familiar de los soldados e infantes de marina profesionales, quienes por razón o con ocasión del acto demandado fueron discriminados y desmejorados en sus condiciones salariales y prestacionales.

Asimismo:

- Sentencia del 12 de junio de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, magistrado ponente: Oscar Alfonso Granados Naranjo. En un asunto análogo al estudiado, señaló que existen circunstancias que permiten predicar una distinción en materia salarial que llevan a establecer tratos diferentes, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, siendo que estos criterios de diferenciación obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública.

De acuerdo con el mencionado marco jurídico, tenemos lo siguiente:

❖ Del régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales.

En lo que tiene que ver con el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000, en su artículo 38, autorizó al Gobierno Nacional para su expedición, en los siguientes términos:

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

Es así que, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto reglamentario 1794 de 2000 cuyos artículos 1° y 2° definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios.

❖ Cargo: violación del derecho a la igualdad respecto de la no inclusión de la prima de actividad a favor del personal de soldados profesionales.

De acuerdo con lo anterior, los soldados profesionales están regidos para efectos de determinar su salario, por el Decreto 1794 de 2000, cuyo régimen no contempla la prima de actividad como haber, contrario a lo dispuesto en los decretos 1211 de 1990 o 1214 de 1990 que sí establecen el reconocimiento de dicha prestación. Por lo tanto, el primer aspecto que se debe establecer, es, si por vía de excepción, con fundamento en el derecho a la igualdad, procede el reconocimiento pretendido por el actor.

El control por vía de excepción, consagrado en el artículo 148 del C.P.A.C.A., es un mecanismo del que puede hacer uso el juez dentro de los procesos contenciosos administrativos y cuya finalidad es dejar sin efectos un acto administrativo cuando vulnere la Constitución Política, decisión que solo opera entre quienes hagan parte del litigio:

"ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley."

"La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte".

El fundamento, de dicha disposición, es el artículo 4° de la Constitución Política:

"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Es decir, que, la vía de excepción constituye una obligación expresa del juez de lo contencioso administrativo de ignorar o desconocer una norma de inferior jerarquía en procura de respetar la Carta Magna, únicamente vinculante respecto de los sujetos procesales.

Ahora bien, tratándose del cargo del derecho a la igualdad entre dos regímenes salariales al interior de la Fuerza Pública, es importante señalar que, la función legislativa corresponde al Congreso de la República al tenor del artículo 150 Constitucional, y en este sentido, se expidió la Ley 4ª de 1992, que su artículo 2º fijó los lineamientos que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional al momento de determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública, entre ellos, que la remuneración salarial o pensional que deba percibir el personal de la Fuerza Pública está sujeta al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidad y calidades que la ley les asigne, de tal manera que no es factible que todos los miembros de la Fuerza Pública reciban en el mismo porcentaje sus prestaciones sociales, cuando existen regímenes especiales que no pueden ser desconocidos.

Ahora, sobre este aspecto, en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 el Consejo de Estado analizó la diferencia en las partidas computables en la asignación de retiro del mismo personal, concluyendo que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas, en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas:

"140. Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren tal y como pasa a evidenciarse:

(...)

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que, en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta.

Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes".

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas.

144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención

a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales".

El anterior criterio viene siendo atendido por las autoridades de esta jurisdicción, como se observa en la sentencia del 12 de junio de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, magistrado ponente: Oscar Alfonso Granados Naranjo, que señaló en un asunto análogo al estudiado, que existen circunstancias que permiten predicar una distinción en materia salarial entre integrantes de la Fuerza Pública:

"Circunstancias que permiten que en materia salarial se establezcan tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, es decir, que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución.

Contrario sería que cuando se demuestra, que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios frente a quienes se encuentran sometidos a uno u otro régimen, se configura una discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad.

En tales razones en el presente caso no existe vulneración a prerrogativas constitucionales, que facultan al juez a desconocer una norma de inferior jerarquía, Decreto 1794 de 2000, en procura de respetar la Constitución, para en su lugar dar aplicación a los decretos que, si contemplan la prima de actividad como prestación de los funcionarios del Ministerio de Defensa, en servicio activo".

❖ Del subsidio familiar de los soldados profesionales.

El subsidio familiar en el caso de los soldados profesionales fue estipulado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. Sin embargo, en el año 2009 se expidió el Decreto 3770 mediante el cual se derogó expresamente aquel postulado normativo, suprimiendo el subsidio de los haberes de los soldados que no lo habían alcanzado a percibirlo hasta esa fecha:

"Artículo 1°. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

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

Parágrafo 2°. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual".

Posteriormente, se expidió el Decreto 1161 de 2014, el cual vino a cubrir el vacío normativo existente, pues creó el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina en servicio activo que no lo percibieran según lo regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y dicha normatividad tendría aplicabilidad desde el 1° de julio de 2014:

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

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto".

Ahora, mediante sentencia del 8 de junio de 2017, radicación interna número 0686-10, el Consejo de Estado resolvió una demanda interpuesta a través del medio de control de nulidad contra el Decreto 3770 del 2009, cuyo sustento era que vulneraba el principio de igualdad, mínimo vital e iba en contravía de los fines esenciales del Estado al pretermitir los derechos adquiridos al subsidio familiar de los soldados e infantes de marina profesionales, quienes por razón o con ocasión del acto demandado fueron discriminados y desmejorados en sus condiciones salariales y prestacionales. Esto concluyó la Corporación:

"(...) 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”.

Y con sustento en ello declaró, con efectos **ex tunc**, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009 “por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional.

2.4.- Lo probado en el proceso.

De acuerdo con los soportes documentales que obran en el expediente, se encuentran acreditados los siguientes tópicos:

- A través de petición del 19 de septiembre de 2018, la apoderada del señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA le solicitó al Comandante del EJÉRCITO NACIONAL que se reconociera el pago al actor de la prima de actividad en aplicación al derecho de igualdad. También solicitó el reajuste del subsidio familiar que devengaba el señor MONTAÑO VALENCIA con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000. Por último, pidió sea reajustara las prestaciones sociales del actor conforme a la incidencia de los dos reajustes anteriores.

- En oficio 20183111820911 del 24 de septiembre de 2018, la Sección de Ejecución Presupuestal del Comando de Personal del Ejército Nacional resolvió la petición presentada el 19 de septiembre de 2018, y en este sentido negó lo solicitado por la apoderada del actor, señalando:

- Frente a la petición del reconocimiento de la prima de actividad, le informó que había sido remitida a la Sección de Nómina.

- Respecto del reajuste del subsidio familiar, sostuvo que al actor se le había reconocido el 23 % del subsidio familiar mediante Orden Administrativa de Personal nro. 2117 del 24 de agosto de 2016, con novedad fiscal 29 de junio de 2016, y con fundamento del Decreto 1161 de 2014, así:

1. 20 % corresponde al matrimonio con la señora NELLY MINA SANTIESTEBAN.

2. 3 % al hijo menor de edad FOYMAR JOHANDSSON MONTAÑO TORRES.

- A través del oficio 20183172166891 del 7 de noviembre de 2018, la Sección de Nómina del Ejército Nacional respondió la petición remitida por la Sección de Ejecución Presupuestal, y en este sentido le informó a la apoderada del señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA que no era posible reconocer la prima de actividad por cuanto conforme al Decreto 1794 de 2000, régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, no se estipulaba dicha prima.

- De acuerdo a la certificación expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional en el mes de octubre de 2018, el señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA es orgánico del Batallón de infantería nro. 56, y según la nómina mensual

de septiembre de ese mismo año devengaba el subsidio familiar en un porcentaje del 23 %.

- El señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA contrajo matrimonio el 3 de junio de 2016 con la señora NELLY MINA SANTIESTEBAN.

3.- Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Aterrizando al caso concreto, tenemos que la parte actora pretende la nulidad de los oficios nro. 20183111820911 del 24 de septiembre de 2018, mediante el cual la Sección de Ejecución Presupuestal -DIPER. del EJÉRCITO NACIONAL negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar al actor; y el oficio nro. 20183172166891 del 7 de noviembre de 2018 expedido por la Sección Nómina, a través del cual se negó el pago e inclusión del incremento de la prima de actividad solicitado por el demandante. Mientras que, la defensa de la Nación sostiene que el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales es el contemplado en la Ley 131 de 1995 y el Decreto 1794 de 2000 que no prevé el reconocimiento y pago de la prima de actividad reclamada; y en cuanto al subsidio familiar, que la norma aplicable es el Decreto 1161 de 2014.

Corresponde entonces determinar si es procedente el reconocimiento y pago de la prima de actividad en el caso de los soldados profesionales y si en el caso del señor MONTAÑO VALENCIA es viable aplicar el Decreto 1794 del 2000 para la liquidación de su subsidio familiar.

De cara al material probatorio que obra en el expediente y de conformidad con los hechos probados, se tiene que: (i) el señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA es soldado profesional del Ejército Nacional, cuya vinculación data de 1999, (ii) contrajo matrimonio con la señora NELLY MINA SANTIESTEBAN en el 2016, de cuya unión nació su hijo FOYMAR JOHANDSSON MONTAÑO TORRES, y (iii) viene devengando subsidio familiar en un monto del 23 % conforme al Decreto 1161 de 2014, según se informó en el acto administrativo contenido en el oficio 20183111820911 del 24 de septiembre de 2018.

En materia de subsidio familiar, se solicita la inaplicación del Decreto 1161 de 2014 argumentando que el Decreto 1794 de 2000 resulta más favorable para el actor, y por cuanto su vinculación al servicio es anterior a la expedición de aquel Decreto.

Al respecto, es necesario señalar que, tal como se expresó en el marco jurídico de esta sentencia, con la declaratoria de nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 2009, se revivió en materia de subsidio familiar de los soldados profesionales las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 del 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 de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación y hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 del 2014 que permanece en vigor hasta nuestros días, por cuanto no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.

De esta manera, teniendo en cuenta que el señor JOHN HENRY MONTAÑO VALENCIA contrajo matrimonio el 3 de junio de **2016**, la normatividad aplicable para su caso es la dispuesta en el Decreto 1161 de 2014, pues su derecho a percibir el subsidio familiar fue consolidado en su vigencia, y no antes, independientemente de la fecha de su

vinculación al servicio militar, pues lo que marca la pauta de la norma aplicable es la fecha en que causa el derecho reclamado, por lo que se denegará esta pretensión de la demanda atendiendo la libertad de configuración del legislador.

En cuanto a la pretensión del reconocimiento de la prima de actividad, no se evidencia un trato desigual de los soldados profesionales respecto al régimen de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, por cuanto como lo señaló el Consejo de Estado, el tratamiento diferenciado en materia salarial y prestacional se fundamenta en la jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, siendo razonable que existan dichas distinciones.

De ahí que, no existe un tratamiento discriminatorio en materia salarial y prestacional para los soldados profesionales, y por ende no se vulnera el derecho de igualdad cuando se incluye a favor de los oficiales y suboficiales la prima de actividad, puesto que en la Fuerza Pública ello obedece a que no todos los servidores son iguales ante la ley, dado que ostentan responsabilidades y funciones disímiles.

En conclusión, el actor no tiene derecho a percibir la prima de actividad solicitada por cuanto el régimen aplicable para los soldados profesionales, Decreto 1794 del 2000, no la incluyó como prestación social a su favor, y no se observa vulneración alguna al derecho a la igualdad en virtud de la facultad legislativa del Congreso de la República, siendo por demás justificable el trato diferenciado en el ámbito salarial y prestacional entre soldados profesionales y oficiales y suboficiales, según lo expuesto en esta sentencia. Tampoco hay lugar al reajuste del subsidio familiar, pues el Decreto 1161 de 2014 es la norma vigente a la fecha de la consolidación del derecho, y, por ende, aplicable al accionante, tal como lo ha hecho el Ejército Nacional.

Por lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda.

3.- De las costas.

Conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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 Código General del Proceso.

Bajo este lineamiento, es del caso condenar en costas a la parte demandante con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., cuya liquidación se realizará por secretaría del Despacho, conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P., como quiera que la acción contenciosa no ha salido a flote. Las agencias en derecho, se fijarán teniendo en cuenta el criterio de razonabilidad adoptado por el Tribunal Administrativo del Cauca¹, en el equivalente al 0.5 % de las pretensiones de la demanda.

4.- Decisión.

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

¹ Entre otras, ver sentencia 006-2014 del 30 de enero de 2014 Magistrado Ponente: Naun Mirawal Muñoz Muñoz dictada dentro del expediente 19001333100820120019001 Demandante Jefferson Felipe López Samboní, Demandado INPEC - Medio de Control Reparación Directa -Segunda Instancia.

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar como probadas las excepciones denominadas “carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada” y “cobro de lo no debido”, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta sentencia.

TERCERO.- Condenar en costas a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. Líquidense por secretaría.

Se fijan las agencias en Derecho en la suma equivalente al 0.5 % de las pretensiones de la demanda, las que serán tenidas en cuenta al momento de liquidar las costas.

CUARTO.- Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso y con el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

QUINTO. - Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre ejecutoria esta providencia. Por secretaría líquidense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Juez,


Firmado Por:

**ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

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:

fd92d1278bd091ba2e4each6747c8c4577939d7c19e16c9edb1e414c60928805

Documento generado en 04/08/2020 10:55:47 a.m.