



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, CAN Edificio Aydeé Anzola Linares, piso 4°

Bogotá D.C., Treinta (30) de noviembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2019-00112-00
Demandante:	FERNEY DONCEL BARRERA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

Tema: Reconocimiento de prima de actividad y reajuste del subsidio familiar soldado profesional.

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control ejecutivo laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020 y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones²: El señor **FERNEY DONCEL BARRERA**, por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**, solicita la nulidad del acto administrativo

¹ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

² Folio 1 del expediente.

ficto o presunto configurado por el silencio administrativo relacionado con la petición del 25 de julio de 2018, mediante la cual solicitó a la entidad demandada el reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en su calidad de soldado profesional del Ejército Nacional.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene el reajuste y pago del subsidio familiar desde la fecha en que el demandante adquirió el derecho, es decir, desde el 8 de agosto de 2011, así como la inclusión de la prima de actividad, en los siguientes términos:

- Reajuste del subsidio familiar reconocido al demandante en un 20% cuando debió ser liquidado en un 62,5%, con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.
- Reconocimiento y pago de la prima de actividad en la asignación mensual que actualmente devenga el demandante, en aplicación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991.
- Que se ordene la modificación de la hoja de liquidación de servicios del demandante y en la misma se indique el valor que se reconozca por concepto de subsidio familiar.
- Que se disponga el reconocimiento y pago del retroactivo salarial que se genere del reajuste reclamado y así mismo, que se reajusten todas las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral a que tenga derecho el demandante con base en los reajustes solicitados.
- Que se disponga la indexación de todos los valores adeudados y se condene en costas a la entidad demandada.

2.2. Hechos relevantes³: El señor **FERNEY DONCEL BARRERA**, ingresó al Ejército Nacional el 16 de mayo de 1999, en condición de soldado regular; a partir del 20 de noviembre de 2000, pasó a desempeñarse como alumno soldado voluntario y a partir del 1° de noviembre de 2003 ejerció como soldado profesional.

Mediante escritura pública N° 4133 del 3 de octubre de 2014, el demandante declaró ante la notaria 32 del círculo de Bogotá D.C. su unión marital de hecho con la señora Leidy Hermencia Palomino Lache y en el precitado documento quedó consignado que conviven desde el 8 de agosto de 2011m fruto de la unión anterior nació el menor Ferney Santiago Doncel Palomino, el día 3 de diciembre de 2015.

³ Folios 1-3 del expediente.

Sostiene el demandante que el 25 de julio de 2018 radicó una petición ante la entidad demandada en la que solicitó el reajuste de la partida de subsidio familiar y el reconocimiento y pago de la prima de actividad, sin embargo, dicha solicitud no fue resuelta.

Finalmente, manifiesta el actor que se encuentra en servicio activo y se desempeña en el Batallón de Policía Militar N° 24 GR José Joaquín Matallana con sede en la ciudad de Bogotá D.C.

2.3. Normas violadas y el concepto de violación⁴. La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 y los artículos 206 a 214 de la Ley 1437 de 2011, artículo 10 de la Ley 4ª de 1992, Decretos 1211 de 1990, 1214 de 1990, 1793 de 2000, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Sobre la prima de actividad sostiene que la entidad vulnera el artículo 13 Constitucional por cuanto no se respeta el derecho a la igualdad entre todos y cada uno de los miembros de la Fuerza Pública que al momento de ser liquidado el salario mensual no se tiene en cuenta la prima de actividad para los soldados profesionales a quienes no se les paga ese beneficio, colocándolos en condición de desigualdad frente a otros miembros de la Fuerza. Por lo anterior, considera que en el presente caso se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente al numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por ser contrario a lo ordenado por la Carta Política.

Finalmente, expone que los Decretos 1211 y 1214 de 1990 establecieron en los artículos 84 y 38, respectivamente, el derecho a percibir la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las Fuerza Militares y al personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, normas que permiten vislumbrar la discriminación de que son objeto los soldados profesionales a quienes se les deja en desigualdad de condiciones frente a los demás miembros del Ministerio de Defensa Nacional.

Respecto del subsidio familiar como partida computable en el salario mensual, estima que resulta evidente la vulneración al derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que a todos los compañeros del demandante se le venía reconociendo en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hasta la expedición del Decreto 3770 de 2000, momento en el cual dejó de reconocerse ese derecho.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicita la aplicación integral de la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso radicado bajo el N° 11001-03-25-000-000-2010-00065-00 y ordenar la inclusión del subsidio familiar bajo los términos del artículo 11 del Decreto 1790 de 2000, dado que se

⁴ Folios 3 a 6 del expediente.

encuentra demostrado que el demandante tiene derecho al reconocimiento del mentado emolumento.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 14 de marzo de 2019, tal como se puede constatar a folio 31 del expediente. Realizado el estudio de la demanda y sus anexos se admitió la misma mediante auto del 10 de mayo de 2019 (fl. 33), el cual se notificó por estado el 13 del mismo mes y año.

Los gastos procesales fueron consignados el 27 de mayo de 2019 (fls. 34-35), y se efectuaron las notificaciones personales tanto a la entidad demandada como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica el día 17 de septiembre de 2019, tal como se puede constatar en los folios 36 a 41 del expediente.

La entidad demandada contestó la demanda el 12 de diciembre de 2019 (fls. 43 a 54) y aportó junto con la contestación de la demanda los antecedentes administrativos, orden que se había impartida en el auto admisorio de la demanda.

Finalmente, a través de auto del 23 de octubre de 2020, el Juzgado, conforme lo dispuesto en la parte final del artículo 181 del C.P.A.C.A. en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020⁵, corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada, teniendo en cuenta que las excepciones propuestas eran de mérito o fondo, razón por la cual deben resolverse en la decisión a que haya lugar.

2.5. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA.

2.5.1. Oposición a la demanda por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL⁶:

La entidad demandada contestó de manera oportuna la demanda mediante memorial visible a folios 4354 del expediente. Para el caso concreto aceptó todos los hechos expuestos por la parte demandante en la demanda, conforme a las pruebas que obran en el expediente.

Sobre la prima de actividad indicó que el demandante en su calidad de Soldado Profesional no tiene derecho a dicha prestación, como quiera que no está contemplada dentro de la normatividad vigente que regula la materia, específicamente el Decreto 1794 de 2000, el cual establece que los soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de salario, prima de

⁵ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

⁶ Folios 43 a 54 del expediente.

antigüedad, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones y la prestación reclamada se encuentra establecida exclusivamente para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Indica que la normatividad vigente aplicable, así como la sentencia de unificación sobre el tema, precisan que la prima de actividad no está contemplada dentro de las partidas que conforman los salarios de los soldados profesionales, pues el objetivo del legislador es diferenciar éstos, toda vez que las actividades, responsabilidades penal, administrativa y disciplinaria que tienen los Suboficiales y Oficiales en comparación con los Soldados Profesionales son distintas, sin que ello implique desconocimiento del derecho a la igualdad. Por lo anterior, también considera que no hay lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Con base en lo anterior, manifestó que su proceder no vulneró el derecho a la igualdad del demandante, en el caso concreto no se configuró falsa motivación, ni causal de nulidad alguna.

Respecto del reajuste del subsidio familiar, la entidad no se pronunció en la contestación de la demanda.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1. La parte demandante: Presentó sus alegatos de conclusión mediante memorial allegado al correo electrónico de este Despacho el 4 de noviembre de 2020, en los cuales reiteró las pretensiones de la demanda y como consecuencia de ello solicitó acceder a las mismas.

Respecto del reajuste del subsidio familiar indica que existen dos normas que regulan el reconocimiento de la citada prestación, esto es, el Decreto 1794 de 2000 y el Decreto 1161 de 2014, razón por la cual debe aplicarse la que resulte más favorable al demandante, es decir, el Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta la antigüedad del demandante y en respeto del derecho a la igualdad presente en nuestro ordenamiento jurídico.

Resalta que una vez el Decreto 3770 de 2009 fue declarado nulo y al ser expedido el Decreto 1161 de 2014, resultaría inconstitucional por ser regresivo a los derechos de los soldados profesionales la aplicación del último de los decretos mencionados, por cuanto limita el porcentaje del subsidio familiar a un máximo del 26% de la asignación salarial mensual, mientras que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 lo establecida en un máximo del 62,5% de la asignación salarial mensual, generando un 36,5% de diferencia que va en detrimento de los derechos laborales y del principio de la favorabilidad para dichos miembros de la Fuerza Pública.

Frente a la prima de actividad sostiene que la entidad vulnera el artículo 13 Constitucional por cuanto no se respeta el derecho a la igualdad entre todos y cada uno de los miembros de la Fuerza Pública que al momento de ser liquidado el salario mensual no se tiene en cuenta la prima de actividad para los soldados profesionales a quienes no se les paga ese beneficio, colocándolos en condición de desigualdad frente a otros miembros de la Fuerza. Por lo anterior, considera que en el presente caso se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente al numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por ser contrario a lo ordenado por la Carta Política.

2.6.2. La entidad demandada: No presentó alegatos de conclusión.

2.6.3. Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto en el presente asunto.

3. CUESTIÓN PREVIA.

De conformidad con lo indicado en el auto del 23 de octubre de 2020, de manera previa el Juzgado se pronuncia sobre las excepciones propuestas por la entidad demandada, de la siguiente manera:

La apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, propuso la siguiente excepción:

- Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada.

RESOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN PROPUESTA.

Observa el Despacho que la excepción propuesta constituye argumentos de defensa encaminados a atacar el derecho sustancial reclamado, razón por la cual se resolverá más adelante con la decisión de fondo a que haya lugar.

4. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º del C.P.A.C.A., este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

4.1. Problema Jurídico a resolver o fijación del litigio, el cual consiste en determinar:

En primer lugar, si hay lugar a declarar la nulidad del acto ficto o presunto negativo configurado por el silencio administrativo relacionado con la falta de respuesta a la petición presentada el 25 de julio de 2018, mediante la cual la parte demandante solicitó el reajuste y pago del subsidio familiar desde la fecha en que adquirió el derecho a percibir tal emolumento, es decir, desde el 8 de agosto de 2011, así como la inclusión de la prima de actividad militar.

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si la parte demandante en su calidad de Soldado Profesional del Ejército Nacional, tiene derecho a que la entidad demandada le incremente el porcentaje de la partida del subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de su asignación salarial mensual, de modo que pase del 20% al 62,5% de la asignación básica, conforme lo estipulado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

De otra parte, debe establecer si hay lugar a que se inaplique por excepción de inconstitucionalidad el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual se estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares y como consecuencia, si hay lugar a ordenar a la entidad demandada que incluya como partida computable en la asignación salarial del demandante la prima de actividad.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) Régimen salarial de los soldados profesionales – subsidio familiar; ii) Del reconocimiento de la prima de actividad para los soldados profesionales y iii) caso concreto.

4.1.1. Del régimen salarial de los soldados profesionales – subsidio familiar.

El Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4^o de 1992 expidió el **Decreto 1794 de 2000** “a través del cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de la Fuerzas Militares”, y a partir del mismo se crea para dichos Soldados en servicio activo el subsidio familiar, el cual una vez reportado el cambio de estado civil se reconocerá en el porcentaje establecido en el artículo 11, 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.” (Subrayado del Despacho)

Con posterioridad fue expedido el **Decreto 3770 de 2009** “Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, el cual derogó el mencionado artículo sobre el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales en servicio activo, así:

“ARTÍCULO 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

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

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárese 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.”

De manera que los soldados profesionales continuarían devengando el subsidio familiar durante el servicio activo, siempre y cuando estuvieran percibiéndolo antes de la entrada en vigor del Decreto 3770 del 2009, es decir, antes del 25 de septiembre de ese año.

No obstante lo anterior, la citada normatividad fue declarada nula totalmente con efectos *ex tunc*, por el H. Consejo de Estado mediante sentencia del 08 de junio de 2017 C.P Dr. César Palomino Cortés⁷, por considerar la Sala que las disposiciones allí contenidas eran “contrarias a los fines esencial del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulneran los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social; de raigambre constitucional e introducidos por los tratados y pactos internacionales suscritos por Colombia, así como las previsiones establecidas en la Ley 4 de 1992”.

Así, al ser retirado del ordenamiento jurídico colombiano el Decreto 3770 de 2009 con efectos *ex tunc*, es decir desde que este nació a la vida jurídica, el Decreto 1794 de 2000 recobro su vigencia.

No obstante, a la fecha de declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009 (2017), el Gobierno Nacional había expedido el **Decreto 1161 de 2014**, “Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales”, que dispuso en su artículo 1º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º. 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

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. 08 de junio de 2017. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10).

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”.

De la citada norma se colige que el Decreto 1161 de 2014 creó la partida denominada subsidio familiar a partir del 1º de julio de 2014, para quienes no la percibieran conforme a lo regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

Ahora bien, se tiene que el derecho a percibir la partida subsidio familiar, se constituye en el momento en que se contraen nupcias, se conforma unión marital de hecho, o al nacimiento de los hijos.

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sección Segunda, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, en Sentencia **SUJ-015-CE-S2-2019** de fecha veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), con número de radicación:

6800123330002013-00237-01 (1701-2016), concluyó que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente i) las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 y ii) todas aquellas partidas que el legislador o el Gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa. Precizando que “la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales”.

Precedente jurisprudencial que sirve como sustento para el presente caso, dado que en la mencionada providencia se aclara, que los soldados profesionales “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 aporte sobre diferentes partidas”⁸, frente a los Oficiales, Suboficiales y Agentes, sin que ello constituya una vulneración al derecho a la igualdad, contrario a lo que considera la parte actora.

En síntesis, la sentencia de unificación frente a este tema fue clara en establecer que “para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal”.

4.1.2. Del reconocimiento de la prima de actividad para los soldados profesionales.

Sobre la prima de actividad para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares a través de la excepción de inconstitucionalidad, cabe precisar que ello tiene lugar a través del control concreto de constitucionalidad el cual está referido al conjunto de recursos diseñados para verificar la correspondencia entre los actos emitidos, en este caso por el Gobierno Nacional en el Decreto 1794 de 2000 por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, sin reconocer la prestación denominada prima de actividad, y la Constitución Política.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional⁹ ha señalado que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se encuentra consagrada como un deber para los funcionarios administrativos y judiciales, quienes al encontrarse ante una normatividad que violente o modifique el mandato constitucional, debe aplicar directamente la norma constitucional, indicando frente al particular lo siguiente:

⁸ Consejo de Estado. Sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019. C.P. Dr. William Hernández Gómez.

⁹ Corte Constitucional Sentencia T-808 de 2007

“Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Art.4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional”

De igual manera, la Corte ha establecido las condiciones exigidas para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, la puede ser ejercida de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando se esté frente a alguna de las siguientes circunstancias¹⁰:

“(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado;

(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,

(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”.

Conforme lo anterior, en el caso que se estudia, tenemos que el Decreto 1794 de 2000 no ha sido objeto de control por la Corte Constitucional sobre el aspecto reclamado, ni reproduce en su contenido otra norma ya declarada inexecutable.

Entonces, es procedente determinar si dadas las condiciones del caso, la aplicación de la norma cuya inaplicación se solicita acarrea consecuencias que no estarían acordes a la del ordenamiento jurídico, especialmente el derecho fundamental consagrado en el artículo 13 Superior que establece el principio de igualdad.

Frente a éste derecho, cabe precisar que la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha establecido que el principio de igualdad posee un carácter relacional¹¹ “lo que significa que deben establecerse dos grupos o situaciones de

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T 681 de 2016

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-178 del 26 de marzo de 2014. M:P: Dra. María Victoria Calle Correa. Expediente D9874. Actor Fabio Enrique Velásquez Arias.

hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación”.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia citada, lo pertinente en el presente caso es proceder en primer término a establecer si existen dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, frente a lo cual evidencia este Despacho que los dos grupos anteriormente mencionados *i)* Oficiales - Suboficiales de las Fuerzas Militares y *ii)* Soldados Profesionales de las mismas Fuerzas, no se encuentran en igualdad desde el punto de vista fáctico, pues se trata de sujetos de distinta naturaleza, cobijados bajo regímenes salariales y prestacionales distintos.

Así las cosas, procede este Despacho a revisar dichas normativas:

En primer lugar, frente a los soldados profesionales se tiene que mediante la Ley 578 del 2000 se revistió al presidente de la República de “facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional”, en virtud de éstas facultades fue expedido el Decreto Ley 1793 del 2000 “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, estableciendo en su artículo 38 lo siguiente:

“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.”

Conforme lo antes dispuesto el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1794 del 2000 “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, y el cual contempló que devengarían las siguientes prestaciones: prima de antigüedad (art. 2), prima de servicio anual (art.3), prima de vacaciones (art.4), prima de navidad (art. 5), cesantías (art. 9) y subsidio familiar (art. 11). Es decir, no contempló la prima de actividad como prestación social.

Por otra parte, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 66 de 1989 “por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias pro t mpore para reformar los estatutos y el régimen

prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; y establece el régimen de la vigilancia privada” expidió el Decreto 1211 de 1990 Por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual contempla en su artículo 84 lo siguiente:

“ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”
(Subrayado del Despacho)

Lo anterior, permite señalar que cada una de las normativas aplicables para cada régimen salarial y prestacional claramente establecen las partidas a tener en cuenta para cada categoría, sea Oficial, Suboficial o Soldado Profesional, por tanto como se observa, la prima de actividad está fijada única y exclusivamente para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, más no para los Soldados Profesionales.

Así las cosas y al tener los Soldados Profesionales una regulación diferente a los demás miembros de la Fuerza Pública, pues a los primeros le es aplicable lo normado en el Decreto 1794 de 2000 y el de los demás miembros de las Fuerza Militares en el Decreto 1211 de 1990, no existe como lo señala la parte actora una vulneración al derecho a la igualdad, pues dicho derecho se predica entre iguales, como no es el caso. Corrobora lo anterior lo expuesto por la H. Corte Constitucional:

“la igualdad, es un principio y a la vez un derecho fundamental, que encuentra sustento en la esencial dignidad del ser humano. El derecho a la igualdad señalado en el artículo 13 de la C.P. se caracteriza porque el objeto de este principio es la protección de las personas, que no es otra cosa que el de construir un ordenamiento jurídico que otorgue a todas las personas idéntico trato, sin que haya lugar a discriminación alguna, sin ignorar factores de diversidad que en ocasiones exigen del poder público y aún de las relaciones entre particulares, de una particular previsión o de la práctica de comportamientos que no generen diferencias materiales, económicas, sociales, étnicas, culturales y políticas, tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo formal se favorezcan condiciones de desigualdad real. Esta Corte ha precisado también, que para ser objetivas y justas, las reglas de igualdad ante la ley no pueden desconocer, en sus determinaciones factores especiales de diferenciación, como quiera que ciertas reglas conforman segmentos normativos especiales para situaciones y fenómenos divergentes”¹²

Es decir, que no se vulnera por cuanto la igualdad debe existir entre iguales y en la norma va dirigida exclusivamente a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas, y no consagra de ningún modo a los Soldados Profesionales, en razón a que estos, como ya se explicó siempre han estado sometidos a normas diferentes, pues el actor no puede beneficiarse de una normatividad cuyos destinatarios ostentan diferentes condiciones, situación que permite colegir que contrario a lo

¹² T-549 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

manifestado por el actor, lo que se estructura es una normativa completa, coherente, diferente y suficiente, que regula situaciones distintas.

Por consiguiente, el principio de inescindibilidad de la ley dispone que no puede una persona acogerse al uso de los beneficios de uno y otro régimen, por tal motivo, la entidad en cumplimiento de las disposiciones legales canceló las asignaciones salariales.

5. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora que se le incremente el porcentaje de la partida del subsidio familiar que se viene computando en la liquidación del salario, del 20% al 62,5% de la asignación básica en actividad por prestar sus servicios en el Ejército Nacional. Asimismo, solicita que sea reconocida la prima de actividad que devengan los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sobre el Decreto 1794 de 2000 y el derecho fundamental a la igualdad previsto en el artículo 13 Superior.

5.1. Del reajuste del subsidio familiar.

En lo atinente con el reajuste del subsidio familiar que le viene siendo pagado al actor con base en el Decreto 1161 del 2014, se deberán hacer las siguientes consideraciones:

- El día 25 de julio del 2018, el demandante elevó la solicitud de reajuste reliquidación y pago del subsidio familiar, conforme a lo estipulado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 (Fls. 11-13).
- En la petición elevada manifestó que presentó los documentos necesarios para acreditar una unión marital de hecho, constituida desde el 8 de agosto del 2008, fruto de la cual nació un niño el 3 de diciembre de 2015, sin señalar la fecha en que se realizó tal radicación en la entidad, como lo exige el párrafo 2° del artículo 1° del Decreto 1161 de 2014. Tampoco hay evidencia de la fecha en que radicó en la entidad tales documentos.

Partiendo de ello, y para ilustrar el razonamiento que comporta esta situación fáctica y jurídica, tenemos:

Decreto 1794/00	Decreto 3770/09	Sentencia de Nulidad del Decreto 3770/09		Decreto 1161/14
		Efectos “Ex tunc”		
		Situaciones Consolidadas	Situaciones no Consolidadas	

<p>Art. 11: A partir de su vigencia reconoce a los soldados profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, el subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.</p>	<p>Deroga el art. 11 de la norma anterior, y precisa que quienes ya tenían reconocido el subsidio conforme el decreto 1794/00, lo continuarían recibiendo hasta su retiro.</p>	<p>Precisa el Consejo de Estado, que los efectos no afectarían las situaciones ya definidas conforme las normas aplicables.</p>	<p>Aplica para situaciones configuradas entre el momento de promulgación de la norma anulada (Dec. 3770) y el proferimiento de la sentencia anulatoria (8 de junio de 2017).</p>	<p>Nuevamente reconoce a partir de <u>1° de julio de 2014</u>, el subsidio familiar para los soldados profesionales. Aquí el subsidio familiar puede elevarse hasta el 26%</p>
<p>Para ello el soldado profesional <u>deberá reportar el cambio de estado.</u></p>	<p>Vigente desde el <u>30 de septiembre de 2009.</u></p>	<p>Situaciones consolidadas que ya fueron definidas en sede administrativa o judicial conforme el ordenamiento.</p>	<p>Son situaciones no consolidadas aquellas que <u>no habían sido definidas administrativa o judicialmente.</u></p>	<p>Aplica para quienes no estaban devengando un subsidio familiar.</p>
<p>Aquí el subsidio familiar podía elevarse hasta el 62,5%</p>			<p>El decreto 1794/00 estaría vigente hasta su subrogación por el Decreto 1161 de 2014.</p>	<p>El Derecho se declarará con efectos fiscales desde el momento de presentación de la solicitud de reconocimiento.</p>
			<p>En estos eventos, y habiendo dejado de existir “desde siempre” la norma anulada, <u>recobraría vigencia el decreto 1794/00.</u></p>	<p>Precave que aquellas prestaciones que ya estaban reconocidas conforme el Decreto 1794/00, no podrían ser reconocidas conforme el nuevo Decreto.</p>

De acuerdo con lo anterior, y en aras de encuadrar correctamente la situación jurídica del demandante, podemos establecer:

- Si bien indicó en la petición elevada haber presentado la documentación que acreditaba la unión marital de hecho conformada desde el 8 de agosto de 2011 con la señora Leydi Hermencia Palomino Lache, no existe prueba documental que lo corrobore, ni lo allegó al expediente.
- No existe evidencia desde cuando le fue reconocido el subsidio familiar, pero de la lectura de la certificación expedida el 8 de septiembre de 2018 por la Dirección de Personal del Ejército Nacional que reposa a folio 16 del expediente, se deduce que lo percibe conforme al Decreto 1161 del 2014.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se arriba a las siguientes conclusiones:

1. La situación jurídica del actor respecto del subsidio familiar fue definida al tenor de la norma vigente para la época en que este presuntamente informó de su unión marital de hecho (porque no existe en el expediente evidencia de cuando lo hizo), esto es, desde el 3 de octubre de 2014, fecha de la escritura pública expedida por la Notaria 32 del Circulo de Bogotá mediante la cual se formalizó la unión con la señora Palomino Lache (fls. 18-20) y en ese momento la norma vigente era el Decreto 1161 de 2014

2. Si bien la parte actora, aduce haber configurado su derecho en vigencia del Decreto 1794 del 2000, no es menos cierto que dicha norma exige haber reportado dicha situación ante la entidad, y en tal sentido, sin desconocer que existe una documental que da cuenta de la existencia de la unión marital de hecho, deducida de la escritura pública del 3 de octubre de 2014 (fls. 18-20), no lo es menos que por la parte interesada no se emprendió ningún esfuerzo en denotar que en aquella época se había hecho saber al Ejército de la situación jurídica en comento.

3. Tan solo hasta el 25 de julio del 2018, el demandante elevó la petición de reajuste del subsidio familiar de conforme con el Decreto 1794 del 2000, fecha para la que valga reiterar, ya se encontraba en vigencia el Decreto 1161 del 2014 y por ello, le resultaban aplicables las disposiciones en él contenidas y no, como erradamente lo pretende el extremo activo, que se tengan en cuenta por la entidad las normas dispuestas por el Decreto 1794 del 2000, en ese sentido.

Bajo tales evidencias, considera el Juzgado que los efectos *ex tunc* de la mentada sentencia de nulidad del Decreto 3770 del 2009, no alcanzaron a cobijar el contexto jurídico aquí plasmado, pues es evidente, que el actor, pese a contar con un vínculo vigente – unión marital de hecho – para el momento en que recobra vigor del Decreto 1794 del 2000, no pudo establecerse que haya reclamado el mismo antes de la entrada en vigencia del Decreto 1161 del 2014, sino solo hasta 25 de julio de 2018, cuando ya había ocurrido esta circunstancia, pues la condición *per se* de contar con el vínculo necesario para el reconocimiento de la prestación, debe acompañarse con el contenido integral de la norma – art. 11 Decreto 1794 2000 – que también reclama

por parte el interesado, el deber de reportar el cambio de estado civil de manera oportuna, lo que aquí no se aprecia hubiese ocurrido, como se explicó en párrafos precedentes.

Además de lo anterior, con las pruebas aportadas al expediente no se logró demostrar que la entidad accionada haya liquidado el subsidio familiar en forma diferente a la ordenada en el Decreto 1162 de 2014, lo cual se ajusta a lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación citada a lo largo de esta providencia, por cuanto tampoco existe prueba que el demandante haya informado a la entidad sobre el nacimiento de su hijo el 3 de diciembre de 2015 (fl. 23), con lo cual eventualmente el subsidio familiar aumentaría al 23% (literal c), artículo 1° del Decreto 1161 de 2014) mientras permanezca en servicio activo y una vez sea retirado, dicha partida podría ser percibida en un 30%, pero no en el porcentaje que pretende a través de esta demanda, como ya se explicó.

Como se expuso, la parte accionante pretende que se reajuste el porcentaje de la partida de subsidio familiar incluido en la asignación mensual de retiro tomando como base el 62.5% de la partida recibida dentro de la asignación básica percibida en servicio activo. Sin embargo, tal liquidación pretendida no se encuentra conforme a derecho pues la norma aplicable es clara al señalar que tal prestación debe ser liquidada sobre el 30% de lo percibido en actividad, cuando se retire del servicio y el resultado debe ser adicionado a lo reconocido por la eventual asignación mensual de retiro que obtenga una vez cumpla los requisitos para ello.

Así las cosas y atendiendo las particularidades del caso, se han de negar las pretensiones de la demanda.

En este orden de ideas se declararán probadas las excepciones invocadas por Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional sobre la carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada.

5.2. Del reconocimiento de la prima de actividad.

De acuerdo con las normas y precedente jurisprudencial desarrollado en el acápite normativo de esta sentencia, considera este Despacho que el actor al prestar sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional como Soldado Profesional, y por tanto regular su régimen salarial y prestacional conforme lo contemplado en el Decreto 1794 de 2000, es claro que ese cuerpo normativo no previó dentro de las prestaciones sociales devengadas la prima de actividad.

En el *sub examine* los criterios de distinción que hace el Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública obedece a diferenciaciones razonables atendiendo circunstancias tales como el grado de responsabilidad, las funciones a desempeñar, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la

institución para acceder a cada grado, los cuales no son caprichosos, dado los grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos adicionales con las exigencias de la carrera oficial en el cual justifica la distinción salarial.

Como se expuso, el régimen salarial de los soldados profesionales establecido en el Decreto 1794 de 2000, no contempló la partida computable denominada prima de actividad para el personal activo, pues en su lugar, incorpora un régimen salarial diferente al de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y porque se demostró a través del estudio jurídico correspondiente que las normas contenidas en el Decreto 1794 de 2000, no vulneran el derecho a la igualdad del demandante, en consecuencia, no se accederá a tal pretensión al no haberse demostrado vulneración de derechos o desconocimiento de principios en ese sentido.

6. CONDENA EN COSTAS

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018¹³, Observa este Despacho que nos encontramos frente al escenario de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de las normas que regulan las prestaciones sociales del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares, que fue proferida el 25 de mayo de 2019, es decir con posterioridad a la presentación de esta demanda. Por ello, este Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P.

7. Conclusión: En este orden de ideas, siguiendo las pautas establecidas por la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de mayo de 2019, este Despacho acoge íntegramente la postura esbozada por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y en virtud de ello encuentra que se deben negar las pretensiones de la demanda.

Similar circunstancia acontece con la inclusión de la prima de actividad para los soldados profesionales, la cual solo se estableció para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, sin que ello comporte desconocimiento de derechos fundamentales.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no deben prosperar. En consecuencia, el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

¹³ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación propuestas por el apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional respecto del reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento de la prima de activada, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, **COMUNÍQUESE** a la demandada en los términos del art. 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el **ARCHIVO** definitivo del expediente, previo las anotaciones por secretaria.

SEXTO: En firme esta providencia y en caso de existir remanentes de los dineros que por concepto de gastos procesales fueron consignados por la parte demandante, se ordena que por secretaría se adelante la devolución de aquellos a la mencionada parte.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ

Hjdg

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 3 de diciembre de 2020 a las 8:00 a.m., y se envió mensaje de texto de la notificación de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaría

