



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso No.: 11001-33-35-028-2020-00168-00
Demandante: Edwin Berley Saray Osorio
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional
Asunto: Reconocimiento Subsidio Familiar y 20% del Salario conforme con el Decreto 1794 de 2000 y solicitud de reconocimiento de prima de actividad.

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada, de conformidad con el numeral 1º del artículo 42¹ de la Ley 2080 de 2021² por el cual se adiciona el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011³, dentro del proceso promovido por el demandante **Edwin Berley Saray Osorio** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.121.822.144, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones⁴

La parte demandante, por intermedio de apoderado pretende lo siguiente:

“PRETENSIONES PRINCIPALES:

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo: 20183112157871: MDN-CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 6de noviembre de 2019.

1.2. Se declare la existencia del silencio administrativo negativo, como consecuencia de ello, el acto ficto o presunto, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad a EDWIN BERLEY SARAY OSORIO identificado con cédula de Ciudadanía 1.121.822.144 de Villavicencio, por el derecho de petición con el radicado 4AZUSGWG311.

1.3. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad a

¹ “Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; (...).”

² Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

³ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁴ Archivo Digital No. 1.

EDWIN BERLEY SARAY OSORIO identificado con cédula de Ciudadanía 1.121.822.144 de Villavicencio, por el derecho de petición con el radicado 4AZUSGWG31.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

1.4. En caso de no prosperar, la nulidad, de acuerdo a lo señalado por la ley 1437 de 2011, se aplique la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 13, 25, 53, y 209 de la Constitución, de acuerdo al concepto de violación.

1.5. Se aplique la excepción de convencionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 1, 2, 23 y 24. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo al concepto de violación. 1.6. En caso de existir acto administrativo físico se declare su nulidad también.

2. A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PRETENSIONES DECLARATIVAS:

2.1. Se declare que mi poderdante ha realizado las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario.

2.2. Se declare que mi poderdante, al igual que los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, se encuentran en el mismo supuesto de hecho, que contempla la norma para el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

PRETENSIONES DE CONDENA:

2.3. Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor de mi poderdante EDWIN BERLEY SARAY OSORIO identificado con cédula de Ciudadanía 1.121.822.144 de Villavicencio, de la diferencia salarial del 20% dejada de percibir, por el no pago, a título de SALARIO BÁSICO MENSUAL O ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL, conforme Ley 131 de 1985 y el decreto 1794 de 2000;

2.4. Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor de mi poderdante EDWIN BERLEY SARAY OSORIO identificado con cédula de Ciudadanía 1.121.822.144 de Villavicencio, de la prima de actividad, de acuerdo a las normas vigentes.

2.5. Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor de mi poderdante, EDWIN BERLEY SARAY OSORIO identificado con cédula de Ciudadanía 1.121.822.144 de Villavicencio, del subsidio de familia, con base en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

2.6. La prima de actividad sea pagada y liquidada de acuerdo a los porcentajes establecidos para oficiales y suboficiales según las normas vigentes.

2.7. Se condene a la parte demandada a realizar la re-liquide todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, así como los que no lo son, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%, para cada uno de mis poderdantes.

2.8. Se condene a la parte demandada a realizar dicho pago desde el año en que cada uno de mis poderdantes ingresó al Ejército Nacional, hasta el pago real y efectivo de la presente sentencia, con intereses y con I.P.C.

2.9. Se condene a la entidad demandada el pago de agencias en derecho, costas procesales y gastos.

2.10. Se condene a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo señalado en el artículo 192 de C.P.A.C.A y subsiguiente.”

2. Hechos

Manifiesta el demandante que se desempeña en el Ejército Nacional como Soldado Profesional y que realiza las mismas funciones que los Soldados Voluntarios transformados en profesionales por el Decreto 1794 de 2000.

Indica que se encuentra en el mismo supuesto de hecho que los Oficiales y Suboficiales por lo que tiene derecho a ganar la prima de actividad, la cual a la fecha no le es reconocida.

Por lo anterior, manifiesta que se siente discriminado y que radicó una petición mediante radicado 4AZUSGWG31 y que mediante fallo de tutela se le ordenó al Ejército Nacional contestar el derecho de petición para lo cual expidió los Oficios No. 00383: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER 1.10. del 30 de julio de 2018, oficio 20183131332691: MDN-CGFM-COEJC-COPER-DIPER-SJU-1.9 del 13 de julio de 2018, mediante los cuales se negó la solicitud.

3. Normas violadas y concepto de violación⁵

Cita como normas violadas, los artículos 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93, 94, 125 y 217 de la Constitución de 1991, normas del bloque de constitucionalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos de los trabajadores artículo 24, artículo 134 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia del Consejo de Estado del 8 de junio de 2017, con ponencia del Consejero Dr. César Palomino Cortes dentro del expediente de radicación No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 con radicado interno 0686-2010.

Considera que tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad y para sustentar su argumento realiza comparativo con el cuerpo de Oficiales y Suboficiales del Ejército destacando que la prima de actividad sólo es reconocida a estos Uniformados y no a los Soldados Profesionales, pese a todos trabajan en la misma Fuerza y se encuentran constantemente en actividad, lo que justifica el reconocimiento de este beneficio en igualdad de condiciones.

Efectúa el análisis de la Ley 131 de 1961 y los Decretos 613 de 1977, 2062 de 1984, 096 de 1989, 1211, 1212 y 1214 de 1990, que establecen como supuesto de hecho para devengar la prima de actividad, encontrarse en servicio activo, hecho que ocurre con los soldados profesionales, por lo cual considera que se le discrimina al no reconocérsele este beneficio.

En lo que toca al incremento del 20% del salario, señala que existe discriminación si se compara con los soldados voluntarios, pues a aquellos se les reconoce el salario mínimo incrementado en un 60% con el cual se le liquidan las prestaciones, en cambio a los soldados profesionales que ingresaron a partir del 1º de enero de 2001, se les reconoce únicamente el salario mínimo incrementado en un 40%, lo que indica constituye una desmejora que desconoce el hecho de que los soldados realizan las mismas funciones, razón por la cual asegura que la remuneración debe ser equivalente.

⁵ Fols. 5 a 7

4. Trámite

Mediante auto del veinticuatro (24) de septiembre de 2021, se admitió la demanda y se ordenó notificar al extremo pasivo.

5. Contestación de la demanda

La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual propone la excepción de mérito denominada “*carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada*”, sustentada en el hecho de que el demandante nunca ostentó la calidad de Soldado Voluntario y se vinculó con posterioridad al 31 de diciembre de 2000, por lo que conocía las condiciones en las que ingresaba al servicio, por lo que estaba claro que su asignación salarial correspondía a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

En lo que toca a la prima de actividad, precisa que el régimen prestacional está definido en el Decreto 1794 de 2000, norma que no establece el reconocimiento de esta prima y por lo mismo no le asiste el derecho reclamado.

Finalmente, respecto del subsidio familiar advierte que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no le aplica al accionante ya que le fue reconocida esta prestación con fundamento en el Decreto 1161 de 2014 y en la orden administrativa de personal No. 1877 del 14 de julio de 2016, con novedad fiscal del 16 de febrero de 2016, en un 23% por acreditar unión marital de hecho y una hija.

6. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 11 de agosto de 2022⁶, se anunció a las partes que se preferiría sentencia anticipada como quiera que no era necesaria la práctica de medios de convicción distintos a las documentales aportadas, razón por la cual, se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público, para que presentaran sus alegaciones finales y concepto, respectivamente.

6.1. Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

Reitera su oposición a las pretensiones de la demanda, manifestando que no es procedente el incremento del 20% del salario del demandante, por cuanto el accionante ingresó al Ejército Nacional como Soldado Profesional, por lo que el salario que se le ha aplicado es el que corresponde al artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 que es el mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

En lo que toca al tema de la prima de actividad, también se opone porque no ha sido una prestación social determinada para este tipo de personal y ello no implica un trato discriminatorio en la medida que las funciones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares son distintas, por lo que no es susceptible de comparación este personal y además el régimen laboral que determina que prestaciones devengan los soldados y cuáles no, se encuentra determinado en los Decretos 1793

⁶ Archivo Digital No. 24.

y 1794 de 2000. En torno al subsidio familiar, reitera toda la argumentación expuesta en la contestación de la demanda.

Finalmente, se advierte que la parte demandante como el Ministerio Público dentro de la oportunidad legal guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

El presente asunto se contrae a determinar si es procedente declarar la nulidad de los actos demandados y como consecuencia de ello establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago (i) de las diferencias por subsidio familiar (ii) del incremento del 20% en su asignación salarial mensual, así como las diferencias salariales y prestacionales derivadas de tal condena y (iii) de la prima de actividad en los porcentajes que la devengan los Oficiales y Suboficiales del Ejército.

2. Marco legal y jurisprudencial

2.1. Régimen Salarial y Prestacional de los Soldados Profesionales.

La **Ley 131 de 1985** “*Por el cual se dictan normas sobre el servicio militar voluntario*”⁷, estableció como forma de remuneración para los soldados voluntarios una bonificación mensual para este personal, consistente en un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% - artículo 4° - y además una bonificación por navidad por cada año de servicio - artículo 5° -. Normativa que fue reglamentada por el **Decreto 370 de 1991**, en donde el Ejecutivo estableció el procedimiento para la aceptación como soldado voluntario, su desvinculación y el pago de la bonificación ya aludida.

Posteriormente, el Gobierno Nacional en atención a las facultades extraordinarias conferidas por el Legislativo en la Ley 578 de 2000⁸, mediante el **Decreto-Ley 1793 de 2000**⁹, expidió el régimen de carrera de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el cual reguló la incorporación de este personal, señalando en el párrafo del artículo 5°, que el personal vinculado en vigencia de la Ley 131 de 1985, podía manifestar su intención de prestar sus servicios como soldado profesional y en tal evento, su incorporación se produciría a partir del 1° de enero de 2001¹⁰, indicando en todo caso en su artículo 42, que dicha regulación también

⁷ Publicada en el Diario Oficial No. 37.295 de treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

⁸ “*Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional.*”

⁹ “*Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.*”. Publicada en el Diario Oficial No. 44.161, de catorce (14) de septiembre de dos mil (2000).

¹⁰ **ARTÍCULO 5. SELECCIÓN.** *Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

PARÁGRAFO. *Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses.*

comprendía a los soldados voluntarios incorporados conforme lo establecido en la Ley 131 de 1985¹¹.

De igual forma, el Presidente de la República atendiendo lo previsto en la Ley 4ª de 1992 y el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000¹², 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*” estimando en el artículo 1º una asignación mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en UN 40%. Sin embargo, el inciso segundo de la disposición precitada estableció un régimen de transición consistente en que “***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%).***” (Resaltado fuera de texto)

Conviene señalar, que dicha normativa además de la asignación básica, estimó para los soldados profesionales prestaciones tales como, la prima de antigüedad (artículo 2º), prima de servicio anual (artículo 3º), prima de vacaciones (artículo 4º), prima de navidad (artículo 5º), pasajes por traslado (artículo 6º), pasajes por comisión (artículo 7º), cesantías (artículo 9º), vivienda militar (artículo 10º) y se reconocía el subsidio familiar (artículo 11º), norma subrogada por el Decreto 1161 de 2014.

2.2. Prima de Actividad

Como lo ha establecido el artículo 217 DE la Constitución de 1991, a través de la Ley se establecen los derechos prestacionales de la Fuerza Pública, que para el caso de los Soldados Profesionales, su régimen se encuentra regulado en el Decreto 1794 de 2000, que no contempla el reconocimiento de la denominada prima de actividad.

Por el contrario, en el caso de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, han sido diversas las normas que han regulado de manera expresa la prima de actividad, pues Decretos como el 089 de 1984, 95 de 1989 y 1211 de 1990, que modificaron el régimen prestacional y de carrera de estos Uniformados, establecieron los porcentajes en los que se reconoce esta prestación.

En efecto, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 estableció la prima de actividad para Oficiales y Suboficiales, en un del 33% liquidado sobre el sueldo básico, porcentaje incrementado en un 50% con el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007. Posteriormente, el Decreto 1017 de 2013 en su artículo 30, fijó el porcentaje en el 49.5%, el cual se ha mantenido en el tiempo con los Decretos 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016, 984 de 2017 y 324 de 2018.

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.” (Resaltado y subrayado fuera de texto).

¹¹ ARTÍCULO 42. ÁMBITO DE APLICACIÓN. *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.*

¹² “**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.*” (Resaltado y subrayado fuera de texto)

2.3. Del Subsidio Familiar

El subsidio familiar busca beneficiar a los sectores con menores ingresos de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que procura la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar, vr. gr. En el régimen ordinario el reconocimiento en dinero se encuentra destinado a los trabajadores que devengan hasta 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes¹³ siempre que tengan personas a cargo y el reconocimiento en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación, para atender necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y alojamiento del grupo familiar.

Por lo anterior, se puede concluir, que el **subsidio familiar**, es una prestación social destinada para que aquellas personas de bajos recursos puedan asegurar una existencia en condiciones dignas de la familia que tienen a su cargo y lograr su plena realización personal, así como también cumplir algunos de los fines impuestos al Estado, entre ellos, el de "promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos".

Ahora bien, en lo que refiere al régimen especial, como es el caso que ahora nos ocupa, el artículo 79 del Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, determinó las condiciones en que se debe liquidar el subsidio familiar cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo.

El régimen salarial de los Soldados Voluntarios, se encontraba inicialmente compilado en la Ley 131 de 1985 "*por la cual se dictan normas sobre el servicio militar voluntario*" y en él, se les reconoce una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, el cual, no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto y una prima de navidad equivalente a la remuneración recibida en el mes de noviembre por haber laborado el año completo o, 1/12 parte de la misma por los meses laborados, cuando sea inferior a un año.

Posteriormente, la Ley 578 de 2000, facultó al Presidente de la República para expedir el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, habilitación que se concretó en el Decreto 1793 de 2000 y permitió la incorporación de los Soldados Voluntarios a la nueva categoría denominada Soldados Profesionales, además de reiterar¹⁴ el principio según el cual, el régimen salarial del Soldado Profesional de las Fuerzas Militares debe ser expedido con base en los presupuestos contenidos en la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.

El cambio de naturaleza de Soldado Voluntario a Soldado Profesional, obedeció a la profesionalización de la carrera de Soldado, en consideración a las especialísimas funciones que ejecutan, como quiera que son titulares tanto de los derechos reconocidos en la Carta Política, como también sujetos sometidos a limitaciones razonables para el ejercicio como consecuencia de las condiciones

¹³ Artículo 20 de la Ley 21 de 1982.

¹⁴ Artículo 38 del Decreto 1793 de 2000.

propias que impone el servicio, bajo imperativos de obediencia según la línea de mando y de la disciplina propia de las Fuerzas Militares, máxime el alto riesgo que comporta su labor.

Consecuentemente, el Decreto 1794 de 2000 reconoció a los Soldados Profesionales el derecho a devengar una asignación salarial mensual (equivalente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40%), las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones, navidad y el subsidio familiar.

De manera concreta, el subsidio familiar -en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000¹⁵-, será reconocido mensualmente al Soldado Profesional de las Fuerzas Militares que estando en actividad se encuentre casado o con unión marital de hecho vigente, en cuantía equivalente al 4% de su salario básico mensual, más la prima de antigüedad.

Dicha prestación fue reconocida a los Soldados Profesionales activos, hasta la entrada en vigencia del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009¹⁶ en cuanto dispuso la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

El Decreto 3770 de 2009 fue analizado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", en sentencia del 8 de junio de 2017, expediente 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-2010), Consejero Ponente Dr. **César Palomino Cortés**, declaró con efectos "ex tunc", la nulidad de dicha normatividad, por lo que resulta menester determinar, si el reconocimiento del subsidio familiar debió efectuarse en los términos del Decreto 1161 de 2014, como en efecto se hizo, o por el contrario, atendiendo los efectos de la sentencia del Consejo de Estado descrita en precedencia, el mismo deberá efectuarse, en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por la reviviscencia de las normas.

Para resolver, entonces se tiene que la prenombrada sentencia dispuso lo siguiente:

*"La Sala encuentra además que la medida contenida en el decreto 3770 de 2009 encarna en sí misma un acto discriminatorio. Discriminación que se presenta en dos posibles hipótesis normativas: **(i) respecto de los soldados profesionales que dentro del término de vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 hubieren adquirido el derecho subjetivo al subsidio familiar por haber contraído matrimonio o constituir unión marital de hecho, frente a los soldados***

¹⁵ "ARTÍCULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

¹⁶ "ARTÍCULO 1º. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

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

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

ARTÍCULO 2º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 179 de 2000"

profesionales que teniendo el reconocimiento al derecho objetivo no hubieren alcanzado el expreso reconocimiento al derecho subjetivo, existiendo la probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, dentro del lapso en el que el artículo 11 ibídem se mantuvo vigente, por encontrarse incursos en una expectativa legítima; y (ii) en relación con los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a la prestación del subsidio familiar, frente a los soldados profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo, como respecto de los suboficiales y oficiales a quienes se les reconoce dicho derecho objetivo” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De la jurisprudencia citada, se desprenden dos situaciones que generaron por la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 con el Decreto 3770 de 2009, consistentes en que en el grupo de soldados, se encuentren aquellos que tenían una expectativa legítima y no consolidaron el derecho durante la vigencia de la normatividad anotada y otro grupo, que consolidó su familia con posterioridad a la vigencia del Decreto 3770 de 2009, siendo relevante en estos casos los efectos “*ex tunc*” que comporta la citada sentencia de nulidad.

Debe decirse que el Ministerio de Defensa Nacional, el Departamento de la Función Pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicitaron adición y aclaración de la aludida sentencia del 8 de junio de 2017, que fue resuelta en providencia del 8 de septiembre de 2017, precisando el alcance de la decisión citada de la siguiente manera:

“Así, el efecto de esa declaratoria es que el acto derogatorio pierde validez y, por ende, las normas que fueron derogadas recuperen sus efectos jurídicos. Salvo cuando se presenten situaciones individuales consolidadas, evento en el cual le corresponderá al juez de conocimiento analizar los efectos de la nulidad, atendiendo las circunstancias particulares y concretas de cada caso.

Por consiguiente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, “revive” los preceptos derogados, es decir, produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado “reviviscencia”¹⁷.

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.¹⁸ (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Dicho auto aclara que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por virtud de lo dispuesto en la sentencia del 7 de junio de 2017, revivió y en esa medida se mantuvo vigente por lo menos hasta la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, con la cual dicha norma se entiende subrogada.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de enero de 2015. Expediente: 11001-03-06-000-2015-00002-00(2243): M.P. Álvaro Namen Vargas.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto del 8 de septiembre de 2017, con ponencia del Consejero Dr. Cesar Palomino Cortes, dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10).

De otra parte, sobre los efectos "ex tunc" de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la sentencia T-121 de 2016, precisó:

"2.2.1 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237-2 de la Constitución Política, el Consejo de Estado conocerá de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Este Tribunal, al respecto, ha precisado que la competencia del Consejo de Estado recae sobre todos aquellos decretos que no estén contemplados dentro de las atribuciones que la Constitución Política confiere a la Corte Constitucional.[13] De igual manera, se atribuye la competencia residual para conocer de los actos de contenido normativo que expide el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral, el Banco de la República, los cuales si bien no tienen fuerza de ley, tienen importancia dentro del ordenamiento jurídico, así como los reglamentos del Presidente de la República que pretendan modificar o adicionar una ley.[14]

2.2.2 A diferencia de la inexecutable, salvo que el fallo de la Corte expresamente disponga lo contrario, la anulación de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión. El Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ha adoctrinado que la diferencia entre la declaración de nulidad, y la de inexecutable, parte del supuesto que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe volver al estado anterior a su vigencia.[15]

Ahora bien, los efectos ex tunc no generan un inmediato restablecimiento de las situaciones que se hayan causado en vigencia de la norma retirada del ordenamiento jurídico, en cada caso, debe examinarse si se encuentran situaciones jurídicas consolidadas, las cuales, en atención al principio de seguridad jurídica, no pueden alterarse.[16]" (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Aunado a lo anterior, sobre los efectos de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, la reciente sentencia de unificación, emanada del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del 25 de abril de 2019, consecutivo 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), demandante **Julio César Benavides Borja**, demandado **Caja de Retiro De Las Fuerzas Militares - CREMIL**, Consejero Ponente Dr. **William Hernández Gómez**, señaló: "182. Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 (sic) de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre"

Entonces para resolver sobre este aspecto el Despacho deberá establecer si el accionante acredita debidamente el derecho a acceder al subsidio familiar, por consolidación de su familia antes de la vigencia del Decreto 1161 de 2014 y posterior a la vigencia del Decreto 3770 de 2009, cuya nulidad ya fue declarada.

2.4. Sobre la figura de la excepción de inconstitucionalidad

Para dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, se destaca que la misma se desprende del artículo 4º de la Constitución de 1991 y tiene como propósito inaplicar una norma o normas de inferior categoría cuando se logra establecer su oposición con lo regulado por la Constitución Política.

En torno al concepto y alcance de este tipo de excepción, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha definido que «es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política».¹⁹

En este sentido, la excepción de inconstitucionalidad consiste en una eficaz herramienta jurídica de protección a los principios de «aplicación directa de la norma fundamental» y de «supremacía constitucional», garantizando (en el caso concreto) la jerarquía, materialidad y aplicación directa de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes normativas.

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa²⁰ o a solicitud de parte, y ha dicho la Corte Constitucional, que esta figura procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:²¹

- 1) La norma es contraria a las 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»;²²*
- 2) 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;²³ o*
- 3) 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»²⁴. En otras palabras, «puede ocurrir también que*

¹⁹ Sentencia SU-132 de 2013.

²⁰ Sentencia T-808 de 2007.

²¹ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

²² Sentencia T-103 de 2010.

²³ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que «en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).»

²⁴ Sentencia T-103 de 2010.

*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».*²⁵

*La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.²⁶ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.*²⁷(Negrillas y subrayas fuera del texto).

Entonces, la excepción de inconstitucionalidad, hace parte del control difuso de constitucionalidad, que puede ser aplicado por los operadores jurídicos de oficio o a petición de parte y opera cuando resulta **evidente** que la norma que debe aplicarse al caso concreto se opone a los textos constitucionales o afecta derechos fundamentales, cuya inaplicación solo opera *interpartes*, por lo que la norma permanece vigente, sólo que no aplica al caso concreto.

Cabe precisar que de acuerdo con la jurisprudencia, esta excepción opera en cualquiera de los siguientes eventos: *i)* cuando la norma sea contraria a la constitución y no haya sido retirada del ordenamiento jurídico a través de la acción de constitucionalidad o nulidad (según la categoría de la norma), y deba inaplicarse en caso concreto; *ii)* que la norma reproduzca textos legales que hayan sido objeto de declaratoria de inexecutable o nulidad; y *iii)* cuando la aplicación de la norma en el caso concreto pueda generar un perjuicio, que pese a parecer ajustada a la constitución en el caso que se estudia, su aplicación desconocería normas constitucionales.

3. Caso concreto

3.1. Análisis previo sobre la configuración del silencio administrativo negativo

Como primera medida, se tiene que el Soldado Profesional Francisco Javier Soler Fonseca presentó una petición ante el Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, bajo el radicado No. 4AZUSGWG31 del 19 de junio de 2018, que tenía como propósito el reconocimiento del incremento de la asignación salarial del 20% y el reconocimiento de la prima de actividad.

En el expediente no obra prueba que permita establecer que la entidad demandada haya respondido la solicitud aludida, razón por la cual en el presente caso operó la figura del silencio administrativo negativo a que se refiere el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, de manera que se tiene como configurado el acto administrativo ficto el 19 de septiembre de 2018, es decir, tres (3) meses después de radicada la petición, que es objeto de los cargos de nulidad formulados en la demanda.

²⁵ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

²⁶ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección "B", sentencia del 26 de junio de 2018, con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente No. 11001-03-25-000-01101 (4970-15). **Las citas 29 a 36 provienen del texto jurisprudencial citado.**

Igualmente se resalta que se discute la legalidad del Oficio No. 20183112157871 del 6 de noviembre de 2019, expedido por el Ejército Nacional referente al reconocimiento del subsidio familiar con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Los cargos de nulidad propuestos contra estos actos administrativos se irá resolviendo a medida que se aborde cada uno de los temas.

3.2. Del Incremento del 20% de la asignación salarial que actualmente devenga el accionante.

En el presente caso se tiene probado que el demandante ingresó al Ejército Nacional y sirvió en los siguientes tiempos²⁸:

VINCULACION	DESDE	HASTA
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO	17/08/2004	30/06/2006
ALUMNO SOLDADO PROFESIONAL	31/03/2006	30/04/2006
SOLDADO PROFESIONAL	01/05/2006	

Como se desprende del resumen de tiempos citado, se tiene que el accionante ingresó al Ejército como Soldado Profesional el **1º de mayo de 2006**, es decir, con posterioridad al 31 de diciembre de 2000.

Lo anterior significa que el demandante no tiene derecho a reclamar que su remuneración se calcule sobre un salario mínimo más el 60%, toda vez que el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, establece que sólo tienen derecho a la dicha remuneración, aquellos soldados voluntarios que se incorporaron como Profesionales y que se encontraban vinculados al Ejército Nacional al 31 de diciembre de 2000 y estaban amparados por el régimen señalado en la Ley 131 de 1985, es decir, únicamente aplica a ese personal y no al que se incorporó con posterioridad a la fecha anotada.

Para el Despacho, la diferencia establecida por la norma para remunerar a los soldados voluntarios y a los profesionales en los términos que han quedado expuestos con constituye un trato inequitativo entre uniformados que desempeñan las mismas funciones, sino el reconocimiento que hace el legislador de los derechos adquiridos que tienen quienes vienen vinculados en la calidad de Soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000.

Cabe agregar que el tema del incremento del 20% aquí reclamado, fue objeto de unificación por el Consejo de Estado, Corporación que sobre la diferenciación precisó lo siguiente:

“En este punto, es de tener en cuenta, que tanto el demandante como la entidad demandada, señalan que el proceso de incorporación de los soldados voluntarios al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000,²⁹ se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de

²⁸ Archivo Digital No. 21

²⁹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

octubre de 2003,³⁰ por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales.

En conclusión de lo hasta ahora expuesto, a partir de lo normado en el Decreto Ley 1793 de 2000,³¹ pese a ostentar el mismo rango de soldados profesionales, los enunciados normativos analizados distinguen en este género de uniformados dos categorías en virtud de las diferencias objetivas que estipulan dichas normas en cuanto a su vinculación, esto es, la antigüedad de unos y la novedad de otros.

Esta subdivisión dicotómica de los soldados profesionales: entre quienes se vincularon ex novo a partir del 1º de enero de 2001 y los que encontrándose enlistados a las Fuerzas Militares antes del 31 de diciembre de 2002 fueron posteriormente incorporados al nuevo régimen, además de ser expresión de la realidad objetiva que caracterizó a la vinculación de cada grupo, tiene efectos salariales, como pasa a explicar la Sala.³²

Así mismo, mediante auto del 6 de octubre de 2016, la Alta Corporación resolvió la solicitud de aclaración de dicha sentencia, sobre la vulneración del derecho a la igualdad e indicó que:

“Precisa la Sala, que la lectura integral de la sentencia de unificación evidencia que en ella fueron tenidos en cuenta, evaluados y despachados los argumentos del recurso de apelación en su totalidad, pues, además de precisarse en su literalidad los contenidos normativos de la Ley 131 de 1985³³ y de los Decretos 1793³⁴ y 1794³⁵ de 2000, que permiten concluir que los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales tienen derecho a una asignación básica equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%; en la providencia también se realizó un estudio de las normas mencionadas a la luz del principio laboral de la inescindibilidad invocado por la parte accionada, en virtud del cual se verificó que dicho postulado no se trasgrede, puesto que ese monto se encuentra establecido expresamente en el Decreto 1794 de 2000.³⁶

Ahora bien, pese a que esta Sala no se encuentra obligada a pronunciarse sobre la supuesta vulneración al derecho a la igualdad de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez, en atención a la importancia que la Ley 1437 de 2011³⁷ le atribuye a las sentencias unificadoras no está demás señalar, que en todo caso, dicho postulado superior consagrado en el artículo 13 de la Constitución, no es trasgredido por la tesis jurisprudencial adoptada en la sentencia de unificación, puesto que no es posible realizar un juicio o test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por vez primera, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no hubiera tenido vocación de prosperidad.³⁸

³⁰ Las cuales no fueron aportadas al expediente, pero que su contenido es enunciado de manera uniforme tanto en la demanda como en su contestación, sin que exista controversia sobre este aspecto.

³¹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente No. 85001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE SUJ2-003-16. **Las tres citas precedentes corresponden al texto jurisprudencial citado.**

³³ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

³⁴ Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

³⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

³⁶ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

³⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

³⁸ Consejo de Estado-Sección Segunda, Auto del 6 de octubre de 2016, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del expediente No. 85001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE-SUJ2-003-16. **Las cinco citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

Como se desprende del texto jurisprudencial citado, se estableció una diferenciación entre el grupo de soldados voluntarios que se incorporaban como profesionales y los Soldados que ingresaban por primera vez al Ejército a partir de la vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en punto de la asignación salarial a la que tienen derecho, pues para el primer grupo se buscó mantener un derecho adquirido consistente devengar una asignación salarial incrementada en el 60%, lo cual denota una excepción al régimen normativo basada en la garantía de los derechos laborales.

Así entonces, el grupo de soldados que ingresó en vigencia de dicha norma estaba sujeto a que por disposición legal, su asignación salarial sería el salario mínimo incrementado en un 40%, lo que no implica un trato diferenciado entre uniformados de una misma categoría sino el reconocimiento de la antigüedad de quienes venían vinculados al Ejército.

Por lo tanto, la diferenciación en la asignación básica encuentra justificación legal y constitucional en la medida que se garantiza que una reforma de la planta de personal de la Fuerza Pública como la contenida en los referidos Decretos no afecte derechos que se vienen ejerciendo con anterioridad y que los Jueces de esta Jurisdicción debieron reconocer, pese al tenor literal de la norma que establece con claridad lo que debe devengar uno y otro grupo.

En consecuencia, no prosperará esta pretensión y así se precisará en la parte resolutive de este fallo.

3.3. Prima de Actividad

Tal como se destacó en precedencia entre las prestaciones económicas a que tienen derecho los soldados, no se estableció la prima de actividad, pues el Decreto 1211 de 1990, en su artículo 84, reguló solo lo pertinente a oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, sin incluir a los soldados, y así mismo ocurrió en el texto de los Demás decretos que regulan el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública y el personal civil del Ministerio de Defensa.

El Consejo de Estado-Sección Segunda, en sede constitucional al resolver una acción de nulidad frente al Decreto 2863 de 2007, norma que incrementó el porcentaje de la prima de actividad devengada por los Oficiales y Suboficiales, indicó lo siguiente:

“...En primer lugar, el estudio de la vulneración del derecho a la igualdad en materia laboral que propone el actor, presenta una dificultad, en tanto no se realizó un ejercicio de argumentación que permíta establecer cómo los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo, en razón de sus funciones, tienen en aplicación del derecho a la igualdad, derecho al incremento de la prima de actividad.

En efecto, el accionante afirma que los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo son la parte más débil de la jerarquía en la fuerza pública y quienes corren más riesgos, sin embargo esta afirmación no es suficiente para que se pruebe la vulneración al derecho a la igualdad alegada por el actor. Así, la Sala

insiste en que el demandante no demuestra cómo en aplicación del principio a trabajo igual salario igual, tendrían derecho a un aumento de la prima en comento. En segunda medida, no obstante lo explicado anteriormente, la Sala precisa que la regulación del régimen prestacional de la fuerza pública se realiza de manera concurrente entre el legislador quien fija las pautas generales, a través de leyes cuadro y el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios lo desarrolla. En efecto la Ley 4 de 1992 señaló en el artículo 2 los lineamientos que debe acatar el Gobierno:

"i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;

j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;"

De la lectura de estos literales se observa que la remuneración de los miembros de la fuerza pública debe obedecer al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades, por lo que es claro que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones.

*En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la fuerza pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, **establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la fuerza pública deben tener la misma remuneración por su trabajo. Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53 de la Constitución, según el cual "la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo"; así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones...**³⁹ (Resaltado del Despacho).*

Como puede observarse, para que prospere el argumento de la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, debe probarse el trato diferenciado frente a un mismo grupo de personas, que cumplen funciones idénticas y para este caso, el acto administrativo que se demanda, se fundó en la regulación legal vigente y por lo tanto, no desconoció el sistema jurídico como se indica en la demanda, pues la norma invocada en el concepto de violación cobija únicamente a Oficiales y Suboficiales, así como al personal civil del Ministerio de Defensa mas no al personal de soldados.

Cabe señalar que la sentencia C-057 de 2010 de la Corte Constitucional, abordó el tema de la diferenciación de los grupos que el accionante pretende comparar, es decir, Soldados Profesionales, Oficiales y Suboficiales, concluyendo que: "(...) Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta. (...) Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos. (...)”

Además, en dicha providencia la Corte resaltó que "(...) Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de

³⁹ Consejo de Estado-Sección Segunda-Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente No. 110010325000200900029 00 (0656-2009).

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. (...). 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. (...)” (negrilla del Despacho).

En reciente sentencia el Consejo de Estado precisó lo siguiente:

“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.

Ello toda vez que: i) pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y ii) los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes.

Dichas circunstancias especiales permiten que en materia salarial se determinen tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, esto es, que los criterios de diferenciación en el sub iudice obedecen a factores prudentes que el legislador ha señalado dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución.”⁴⁰

Con base en lo anterior, puede concluirse que el acto administrativo atacado ficto se ajusta a la normatividad invocada, el régimen salarial y prestacional de los Soldados consagrado en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, como allí se indicó.

3.4. Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad al artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

En atención a lo indicado en los antecedentes normativos sobre la excepción de inconstitucionalidad, se tiene en el presente asunto que se discute lo pertinente a la asignación salarial de un Soldado Profesional, que ingresó al servicio con posterioridad al 31 de diciembre de 2000, razón por la cual devenga un 20% menos que lo que devengan los Soldados Profesionales que ingresaron a las Fuerzas Militares hasta la fecha anotada, quienes ejercen las mismas funciones, sin que exista distinción alguna en este aspecto.

Entonces se tiene que el Decreto 1794 de 2000, en su artículo 1º, citado en precedencia comporta un régimen de transición, ante una nueva regulación concreta y específica del régimen salarial y prestacional, consistente en que se respetarían los derechos adquiridos por quienes venían prestando su servicio a la fuerza pública en calidad de Soldados Voluntarios y que dejaron de denominarse de esa manera, para ser reconocidos como Soldados Profesionales.

Luego lo que quiso el legislador, fue conservar las condiciones mínimas reconocidas a este personal de la fuerza pública y establecer las condiciones generales que se

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 24 de junio de 2021 con ponencia del Consejero Dr. William Hernández Gómez dentro del expediente No. 520012333000201700665 01 (5170-2019).

reconocerían al nuevo personal, siendo relevante en este caso la antigüedad como criterio diferenciador, para efectos del pago de un salario y otro.

Ya lo precisó el Despacho en precedencia, no existe desconocimiento del artículo 13 de la Constitución de 1991, en cuanto a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales y los profesionales que se vincularon por primera vez en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, se trata de dos grupos diferentes, priman los derechos adquiridos por los primeros lo que se encuentra conforme con los artículos 53 y 58 de la Carta.

En suma, en este caso no existen razones jurídicas que conduzca a aplicar la excepción de inconstitucionalidad deprecada.

3.5. Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto de la prima de actividad.

En este caso como se precisó en precedencia, no se desconoce la Constitución de 1991, pues no existen criterios de comparación respecto de las prestaciones de los Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales, se trata de grupos de personal militar diferenciados, con responsabilidades, funciones y regímenes salariales y prestacionales diferentes, sentados en normas distintas y el hecho de tratarse de personal que presta sus servicios a la fuerza pública, no significa que deban devengar lo mismo.

Luego no encuentra justificación para un caso concreto como este, que pretextando la excepción de inconstitucionalidad, se ordene romper el principio de inescindibilidad y aplicar una prestación regulada en normas distintas a los Decretos 1793 y 1794 de 2000, porque a criterio del demandante desconoce el derecho a la igualdad, que en su forma de entender es a devengar los mismo por ser parte del Ejército Nacional.

No existe omisión legislativa en los prenombrados decretos que crear un régimen prestacional especial para el demandante.

3.6. Subsidio Familiar en aplicación del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En el presente asunto, está demostrado que el accionante actualmente disfruta el subsidio familiar con fundamento en el Decreto 1161 de 2014, pues en el Oficio No. 20183112157871 del 6 de noviembre de 2018, se indica que el reconocimiento lo fue con virtud a la Orden Administrativa de Personal No. 1877 del 14 de julio de 2016 con novedad fiscal del 16 de febrero de 2016⁴¹, reconocido en un 25% del salario al acreditar unión marital de hecho y una hija.

Para analizar si procede o no el reconocimiento con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, debe haberse demostrado la fecha en la que se declaró la existencia de la Unión Marital de Hecho o del nacimiento de la hija del accionante, documentales que se echan de menos en este proceso y se requieren para establecer si esas situaciones familiares se consolidaron antes de la vigencia del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, que entró a regir a partir de la publicación.

⁴¹ Archivo Digital No. 1 Página 18.

Es pertinente anotar, que ni en los hechos de la demanda ni en el concepto de violación, se hace referencia a una fecha específica en la que se consolida la familia y consecuentemente el derecho y deduce el Despacho que lo fue con posterioridad a la vigencia del Decreto 1161 de 2014, porque el reconocimiento según lo indicado en el acto administrativo atacado lo fue en el año 2016.

La parte demandante tiene la carga de demostrar su dicho y ello puede hacerlo agotando el derecho de petición, como así lo prevé el artículo 173 inciso 2º del Código General del Proceso, incluso en el presente caso no era sino aportar la constancia de la declaración de existencia de unión marital de hecho en la forma prevista en la Ley 979 de 2005 que modificó el artículo 4º de la Ley 54 de 1990 y/o el registro civil de nacimiento de la menor, para corroborar la fecha y ahí sí determinar la normatividad aplicable, lo que no se cumplió.

Ahora bien, si lo que pretende la parte demandante es que simplemente se le aplique el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, como quiera que a un grupo de Soldados Profesionales se les aplica, sin tomar en consideración la fecha en la que consolida su situación familiar, ello resulta improcedente en la medida que la sentencia del Consejo de Estado del 8 de junio de 2017, que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, citada en precedencia, fue clara en señalar que lo decidido tenía efectos *ex tunc*, luego el prenombrado artículo continuaba rigiendo por el período en el que existió el vacío normativo, es decir a partir del **30 de septiembre de 2009 y el 24 de junio de 2014**, esta última fecha corresponde al inicio de la vigencia del Decreto 1161 de 2014 y esa decisión judicial benefició a los Soldados Profesionales que consolidaron el derecho al subsidio familiar en ese interregno únicamente y no pudieron reclamar la prestación porque la norma que la amparaba no estaba vigente.

No se trata en este punto de aplicar el derecho fundamental a la igualdad, bajo el argumento que los Soldados Profesionales realizan las mismas funciones, porque el subsidio familiar es una prestación de carácter subjetivo, que depende de las circunstancias familiares de cada soldado y por lo tanto, debe estarse a la norma que regula la prestación cuyo reconocimiento aspira, destacando que las normas salariales y prestacionales son susceptibles de reforma cuando el Congreso de la República o el Gobierno Nacional, de acuerdo con sus facultades constitucionales y legales, lo estimen pertinente, quedando a salvo derechos adquiridos y expectativas legítimas, que tampoco se acreditaron en este proceso.

4. Conclusión

Puestas así las cosas, la presunción de legalidad que ampara el acto ficto o presunto generado a partir de una petición elevada por la parte demandante bajo el radicado No. 4AZUSGWG31 del 19 de junio de 2018 y el oficio No. 20183112157871 del 6 de noviembre de 2018, se mantiene incólume por lo que prosperará las excepciones de mérito denominadas: ***“carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada”***, propuestas por la entidad demandada, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda, tanto principales como subsidiarias.

5. De la condena en costas

Finalmente, no se condenará en costas a la parte demandante, como quiera que no aparece prueba de su causación conforme con el numeral 8° del artículo 365 Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el **Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de mérito denominada “*carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada*”, propuesta por la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, conforme se expuso.

SEGUNDO: **DECLARAR** la ocurrencia del silencio administrativo negativo respecto de la petición del 19 de junio de 2018 bajo el radicado No. 4AZUSGWG31, en lo que hace referencia a las solicitudes de reconocimiento de incremento salarial del 20% del salario y la prima de actividad, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: **SE NIEGAN** todas las demás pretensiones de la demanda, tanto principales como subsidiarias.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado, sin necesidad de desglose, los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero

Juez
Juzgado Administrativo
028
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **590ab1ea99e0a0a2e97de123373266abf11cc2f28dc06fb31ff2db561b1640bc**

Documento generado en 14/09/2022 07:06:19 PM

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