

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto : Reliquidación salarial y subsidio familiar
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2021 00388 00**
Demandante : JHON JAIRO GUERRA MISAS
Demandado : NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -
ARMADA NACIONAL

Encontrándose el expediente al despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por el señor **JHON JAIRO GUERRA MISAS**, identificado con la cédula de ciudadanía 1.128.467.247, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales, se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite* de la siguiente manera:

ANTECEDENTES

1. DEMANDA¹

1.1. Pretensiones. La parte actora solicita:

- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 20190423330126491 MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM 1.10 de 18 de marzo de 2019.
- Se inaplique por inconstitucional el artículo 1°, inciso 1° del Decreto 1794 de 2000 en lo atinente al porcentaje del 40%.

¹ Expediente digital, unidad digital 2.

- A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional reliquidar retroactivamente el salario básico que devenga el infante profesional John Jairo Guerra Misas, aumentando el mismo en un 20%, es decir, su salario básico debe ser liquidado bajo la siguiente formula: 1 salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%, más la indexación e intereses que en derecho corresponda. Lo anterior, desde el 26 de abril de 2008, fecha en la cual el demandante ingresó a las Fuerzas Militares.
- A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional reliquidar retroactivamente los factores salariales adicionales de liquidación, así como las prestaciones sociales periódicas que devenga el demandante, teniendo en cuenta el aumento del salario básico en un 20%, más la indexación e intereses que en derecho corresponda, desde el 26 de abril de 2008, fecha en la cual el actor ingresó a las Fuerzas Militares.
- Que se inaplique por inconstitucional el artículo primero del Decreto 1161 del 24 de junio del año 2014, que señala:

*“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 (...) (Negrillas y subrayas -aparte literal del cual se solicita inaplicación)

- A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional reliquidar retroactivamente el subsidio familiar que devenga el demandante, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, con

el pago de las respectivas diferencias con respecto del subsidio familiar que en la actualidad devenga, más la indexación e intereses que en derecho corresponda, desde el 26 de abril de 2008, fecha en la cual ingresó a las Fuerzas Militares.

- Que se ordene el cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 de la ley 1437 del año 2011.

1.2. Hechos de la demanda.

Como hechos relevantes, se resumen por el despacho, los siguientes:

1.2.1. El demandante ingresó a las Fuerzas Militares en el año 2008 como infante profesional.

1.2.2. Actualmente tiene “*un matrimonio civil de hecho*” con la señora Eliana Orozco Gómez desde el año 2015, con quien procreó un hijo. Por su composición familiar se le reconoce por concepto de subsidio familiar un equivalente al 23% de su salario básico, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1161 de 2014.

1.2.3. El régimen salarial que lo cobija se encuentra regulado en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, que señalan que los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario. Con base en esas disposiciones se le reconoció su sueldo básico desde el ingreso a la institución.

1.2.4. El 6 de febrero de 2019, el actor, a través de apoderado, solicitó a la entidad demandada reliquidación salarial teniendo en cuenta la diferencia existente entre lo que devenga actualmente con respecto a otros soldados profesionales que perciben un sueldo básico liquidado sobre un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Así mismo deprecó la reliquidación del subsidio familiar, por considerar que debe aplicársele lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, artículo 11, solicitud que fue negada por la administración a través del acto acusado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado viola las siguientes normas:

- Constitucionales: artículos 4º, 13, 48, 53 y 93.

- Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 24.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2° y 11.1
- Legales: artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señaló que según lo contempló la Ley 131 de 1985 el que prestara el servicio militar voluntario devengaría una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario. Más adelante, los Decretos 1793 y 1794 del 14 de septiembre del año 2000, edificaron dos grandes cambios: (i) transmutó la categoría de soldado “voluntario” a “profesional”, con la estructura de un programa de incorporación, evaluación y retiro de dicho personal y, (ii) “aparentemente” mejoró el salario de los soldados que eran voluntarios y se homologaron a profesionales y adicionó algunas primas mensuales y anuales.

Tras aludir a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016, afirmó que ese pronunciamiento trajo consigo un efecto colateral en los soldados que ingresaron directamente como profesionales, toda vez que, para ellos no existe aplicación de dicha sentencia unificación, por lo cual su sueldo básico actualmente se sigue liquidando sobre un SMMLV incrementado en un 40%, es decir, si bien es cierto la providencia anotada protegió el salario de los soldados voluntarios, permitió a su vez la creación *ipso facto* de una marcada diferencia salarial dentro de una misma categoría institucional, debido a que, existen soldados profesionales que devengan un sueldo básico incrementado en un 60% y otros que su incremento corresponde a un 40%.

Agregó que en esa oportunidad, el Alto Tribunal sostuvo que no existe transgresión del derecho a la igualdad, por considerar que se presentan diferencias fácticas y jurídicas entre los dos grupos, pero, en su sentir, esa consideración contraviene los postulados de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, así como los convenios internacionales sobre protección del salario, ya que, en su sentir, se configura tal violación por los efectos del Decreto 1794 del año 2000 artículo 1° y por la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado. Así mismo, destacó que esas apreciaciones del fallo no constituyen regla jurisprudencial, debido a que se efectuaron sin un análisis previo, y no hacen parte íntegra de las reglas enumeradas en la decisión de unificación.

Afirmó que el derecho y principio constitucional a la igualdad sustancial del demandante se está viendo seriamente coartado por el hecho de reconocérsele un porcentaje inferior por concepto de sueldo básico, en comparación con sus

compañeros que también tienen la categoría de soldado profesional, pero que perciben un 20% más a título de sueldo básico, pese a que su función constitucional, legal y reglamentaria como soldado profesional es la misma que la ejecutada por sus compañeros soldados que en algún momento fueron voluntarios, de manera que con ese tratamiento se trasgrede el principio de trabajo igual salario igual, teniendo en cuenta que su labor, y en general, de todos los soldados profesionales incorporados directamente, es exactamente igual a la llevada a cabo por los ex voluntarios, por ende, afirmar que estos últimos merecen percibir un 20% más de sueldo básico por el hecho de haber sido incorporados mediante un régimen diferente, da al traste directamente con lo preceptuado en la Constitución Política y tratados internacionales.

Aclaró que pueden existir diferencias fácticas o jurídicas entre dos grupos laborales que ejecutan una misma función, siempre que medie un motivo constitucionalmente válido y serio. De allí que laboralmente la igualdad como valor, principio y derecho constitucional se ve coartado cuando existen parámetros retributivos diferentes entre dos grupos iguales, y dicha bifurcación salarial no se encuentra amparada por la Constitución Política.

Solicitó la aplicación del juicio integrado de igualdad. En ese sentido anotó que los sujetos a comparar en el asunto objeto de estudio son, por una parte, los soldados profesionales que ingresaron directamente al escalafón y, por otro lado, los soldados profesionales que fueron voluntarios, grupos de idéntica naturaleza, toda vez que, los dos componen el rango inferior de las fuerzas militares, así mismo, poseen idéntico régimen de prestaciones sociales periódicas y unitarias, de igual manera se les aplica en su integridad los Decretos 1793 y 1794 del año 2000, y de acuerdo con sus funciones, poseen el mismo fin constitucional: la defensa de la soberanía, independencia e integridad del territorio nacional, esto en congruencia con el artículo 217 constitucional. Por lo anterior, los supuestos de hecho si son susceptibles de compararse, ya que, si bien es cierto, existe una diferencia fáctica en cuanto al tiempo de vinculación y norma vigente al momento del ingreso, en la actualidad son dos categorías en idénticas condiciones, funciones y sistema militar, incluso, visiblemente no existe motivo que permita diferenciar un grupo de otro, pese a ello, se reconoce una ventaja adicional que cobija a solo una categoría. Añadió que la justificación del trato diferenciado se concreta en la voluntad del legislador de mejorar las condiciones laborales de los soldados profesionales que fueron voluntarios, para compensarlos, ya que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro. Al respecto, afirmó que esa justificación que soporta el

reconocimiento distinto del sueldo básico entre los dos grupos comparables es inválida constitucionalmente, ya que, si bien es cierto, el ejecutivo buscó mejorar las condiciones laborales de un grupo, a su vez, generó una desigualdad injustificada dentro de un mismo grupo, rango y escalafón militar, en contra del principio de “a trabajo igual, salario igual”.

Aclaró que en el evento de acceder a las pretensiones de la demanda no se desconocería el principio de inescindibilidad contenido en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, considerando que no solicita la aplicación del porcentaje contenido en la Ley 131 del año 1985, sino de un 20% adicional al sueldo básico del demandante de conformidad con el artículo 1°, inciso segundo del decreto 1794 del año 2000, es decir, el mismo estatuto que regula su situación salarial, de modo que se inaplique parcialmente el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 del año 2000.

En lo que concierne con el subsidio familiar, explicó que beneficia directamente al núcleo familiar del trabajador, en especial los niños y niñas que lo componen.

Relató que el Decreto 1794 de 2000, consagró en su artículo 11 que los soldados profesionales de las fuerzas militares casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico más la prima de antigüedad. A su turno, el artículo 2° del Decreto 1794 del 14 de septiembre del año 2000 señaló que ese personal tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al 6.5% de la asignación salarial mensual básica y que, por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%. Estimó que, conforme a esas normas, por concepto de subsidio familiar se reconoce un máximo del 62.5% del sueldo básico.

Señaló que mediante el Decreto 3770 de 2009, se eliminó ese beneficio, sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 8 de junio de 2017, declaró su nulidad por considerar que la total eliminación del subsidio familiar contravenía el principio de progresividad y prohibición de retroceso.

Fue así como se expidió el Decreto 1161 del 2014, que en su artículo 1°, dispuso que los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el 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 ese artículo, esto es, por el primer hijo el 3%, por el segundo hijo el 2% y el 1% por el

tercer hijo. Señaló la norma que en ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del 6% de su asignación básica y que en ningún caso podrá sobrepasar el 26% de la asignación.

Alegó que el Decreto 1161 de 2014 trasgrede el principio de progresividad y prohibición de retroceso contenido en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual consiste en que el Estado proporcione, con el paso del tiempo, mayor y mejor cobertura en términos de seguridad social para todos los trabajadores del sector público y privado.

Lo anterior, debido a que se redujo el porcentaje que por concepto de subsidio familiar se reconoce a ese personal, esto es de un máximo del 62.5% a un máximo del 26% del sueldo básico, es decir, la base o punto de partida para modificar el subsidio familiar debía empezar por el 62.5% del sueldo básico para los casados o con compañera permanente.

Así, si bien es cierto en el estatuto del año 2014 se adicionaron los hijos en la partida subsidio familiar, esto no compensa la pérdida de porcentaje de la prestación social, pues como se dijo, el punto de inicio era del 62.5% para una reforma. De esa manera, se configuró una ostensible regresividad y una presunción de inconstitucionalidad de la norma, por lo cual, la carga de prueba de su idoneidad recae en las entidades demandadas.

Alegó que podría pensarse que la reducción obedece a razones presupuestales, pero consideró que existían otros mecanismos válidos ejecutables para no afectar el subsidio familiar del soldado profesional.

Estimó que en el asunto no se supera el test de no regresividad, como quiera que la norma no se ajusta al principio de proporcionalidad y razonabilidad, esto por cuanto no existe una justificación constitucionalmente válida que cimiente la reducción del subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina.

Manifestó que la sostenibilidad fiscal no es un principio sino un eje orientador que permite cumplir los fines del Estado, el cual no sirve de justificación para trasgredir derechos fundamentales, tal como lo dispone el artículo 334 constitucional y lo ha señalado la jurisprudencia, por lo que los derechos fundamentales priman y prevalecen.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda², por considerar que carecen de sustento jurídico y probatorio y que la entidad no ha incurrido en violación de normas constitucionales o legales, por lo que su actuación está ajustada a Derecho. Además, el acto acusado goza de presunción de legalidad.

Manifestó que el Decreto 1794 de 2000 en los artículos 1° y 2° definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por primera vez como aquéllos que venían de ser soldados voluntarios.

Hizo alusión a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016, en donde se unificó lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que en aplicación de la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1794, fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto en mención, establece que los uniformados que reúnan tales condiciones devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Agregó que la remuneración salarial o pensional que deba percibir el personal de la Fuerza Pública está sujeta al nivel de los cargos, funciones, responsabilidad y calidades que la Ley les asigne, en consecuencia, no es válido que todos los miembros de la Fuerza Pública reciban el mismo porcentaje en sus prestaciones.

Sobre el particular, precisó que los soldados voluntarios anteceden a los soldados profesionales, sin embargo, son dos categorías distintas y estos últimos, para efectos de vinculación, requieren unos requisitos distintos y por tal razón tendrán unas especiales condiciones laborales, prestacionales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, que fue lo que permitió al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos.

Como consta en el mencionado Decreto 1794 de 2000, se previó una diferencia del 20% de la retribución de los soldados voluntarios que pasaron a profesionales respecto de los soldados profesionales vinculados desde el 1° de enero de 2001, circunstancia que obedece a la garantía constitucional de los derechos adquiridos contemplada en el artículo 58 de la Constitución Política, la cual no resulta

² Expediente digital, unidad digital 10.

aplicable a los soldados que se vincularon por primera vez como profesionales, como es el caso del demandante, quien nunca ostentó la calidad de soldado voluntario y en consecuencia, no le resulta aplicable la prerrogativa que el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000 otorgó a esta clase de soldados que luego fueron incorporados como profesionales, de manera que no es procedente reliquidar su asignación básica, así como las demás prestaciones sociales. Además, no todo trato diferenciado supone la vulneración del principio de igualdad, en la medida en que es posible que se administre un tratamiento diferente a sujetos y situaciones de facto que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, en virtud de la existencia de una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique.

Narró que el Decreto 1794 de 2003 creó el subsidio familiar a favor de los soldados profesionales casados o con unión marital de hecho, cuyo monto correspondía a la sumatoria del 4% del salario básico mensual y el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere reconocido el soldado, norma que fue derogada de forma expresa mediante el artículo 1° del Decreto 3770 de 2009. El Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2017, declaró con efectos *ex tunc*, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, al encontrar que constituía un retroceso salarial para esta categoría de las Fuerza Militares. Así las cosas, al haberse declarado la nulidad del Decreto 3770 de 2009 con efectos *ex tunc*, esto es, de manera retroactiva, se entiende como si nunca hubiere existido en el ordenamiento jurídico, de modo que cobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Aclaró que a quienes a la entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009 estuvieran devengado ese beneficio, se les respetó el derecho a continuarlos percibiendo en los precisos términos del Decreto 1794 de 2000, hasta su retiro definitivo del servicio, pero no se protegió las expectativas de quienes habiendo causado o consolidado el derecho no lo habían reclamado o habiéndolo reclamado aún no les había sido reconocido.

Agregó que el Decreto 1794 de 2000 estuvo vigente hasta el 30 de septiembre de 2009, por lo que no es viable jurídicamente el reconocimiento y pago del subsidio familiar a partir del 30 de septiembre de 2009 y hasta el 24 de junio de 2014.

Narró que más adelante, se expidió el Decreto 1161 de 2014 mediante el cual creó, a partir del 1° de julio de 2014, el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no lo percibían de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, ya que el parágrafo 3° del artículo 1° señala de forma expresa su incompatibilidad.

Manifestó que bajo el escenario normativo expuesto, resulta necesario el estudio de cada caso en concreto para aplicar la norma que corresponda dependiendo de las circunstancias, pues si bien es cierto, el subsidio familiar creado por el Decreto 1794 de 2000 había desaparecido para los soldados profesionales, no lo es menos que al declararse nulo el Decreto 3770 de 2009, recobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, “pero debe descontarse lo ya cancelado por concepto de subsidio familiar con el Decreto 1161 de 2014 dada la incompatibilidad entre ambos”

Agregó que, a la luz de las pautas fijadas por la hermenéutica jurídica, la norma aplicable para el caso analizado es la vigente al momento de causarse el derecho.

Estimó no es procedente acceder a lo solicitado debido a que al demandante le fue reconocido el subsidio familiar de conformidad con lo establecido en el Decreto 1161 de 2014.

Por último, hizo alusión a la diferencia que existe entre los derechos adquiridos y las meras expectativas, para señalar que el actor no cumplió con el requisito necesario para el reconocimiento del subsidio familiar, habida cuenta que no había contraído matrimonio durante el lapso en que la norma que regula la materia estuvo vigente.

3. TRÁMITE PROCESAL.

Mediante auto del 15 de julio de 2022, esta sede judicial decidió resolver el presente asunto en sentencia anticipada. Así mismo, se otorgó valor probatorio a las pruebas documentales aportadas con la demanda y la contestación y se fijó el litigio³.

A través de auto de 26 de septiembre de 2022, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días siguientes a la notificación de esa providencia, para la presentación de los alegatos de conclusión por escrito⁴.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. De la parte demandante⁵

³ Expediente digital, unidad digital 13.

⁴ Expediente digital, unidad digital 17.

⁵ Expediente digital, unidad digital 18.

El 29 de septiembre de 2022, el apoderado del demandante presentó memorial en el que reiteró los planteamientos expuestos en la demanda e insistió en que los soldados profesionales por incorporación directa y los soldados profesionales voluntarios, en la actualidad son iguales sustancialmente a pesar de su diferencia fáctica y jurídica de vinculación a las fuerzas militares, diferencia que consideró no constituye justificación constitucionalmente válida que permita reconocer un salario mayor a un grupo de soldados profesionales en comparación con el restante de sus compañeros.

4.2. De la parte demandada⁶

El 5 de octubre de 2022, el apoderado de la entidad demandada presentó escrito en el que reiteró los argumentos de la contestación de la demanda. Añadió que, pese a que los soldados profesionales exhiben el mismo rango, se distinguen dos categorías en virtud de las diferencias objetivas que estipula el ordenamiento jurídico en cuanto a su vinculación, esto es, la antigüedad de unos y la novedad de otros.

4.3. El Ministerio Público no rindió concepto.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al despacho determinar la legalidad del acto administrativo contenido en el oficio 20190423330126491 MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM 1.10 de 18 de marzo de 2019 y si le asiste derecho o no al demandante al reajuste salarial del 20%, el reajuste del subsidio familiar y la incidencia en todas las prestaciones sociales.

3. HECHOS PROBADOS

⁶ Expediente digital, unidad digital 19.

-. El director de la dirección de personal de la Armada Nacional hizo constar que el soldado profesional John Jairo Guerra Misas prestó el servicio militar del 26 de junio de 2006 al 14 de febrero de 2008, fungió como Alumno infante profesional del 14 de febrero de 2008 al 25 de abril de 2008 y como infante de marina profesional a partir del 26 de abril de 2008, encontrándose activo para el 19 de octubre de 2021, fecha de la certificación. En total, para esa data, se le computó un total de tiempo servido de 15 años, 3 meses y 24 días (unidad digital 2)

-. Mediante orden administrativa de personal 115 de 24 de abril de 2008, el comandante de la Armada Nacional incorporó al servicio activo de la Armada Nacional, como infante de marina profesional al actor, con novedad fiscal 26 de abril de 2008, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1793 de 2000, artículos 1° y 6° (unidad digital 11.3)

-. Mediante orden administrativa de personal 289 de 8 de abril de 2015, el jefe de desarrollo humano y familia de la Armada Nacional reconoció subsidio familiar en los términos del artículo 1° del Decreto 1161 de 2014, a favor del infante de marina profesional John Jairo Guerra Misas en la suma de \$378.877,80, por unión marital de hecho (unión libre) con Eliana Orozco Gómez, a partir del 28 de enero de 2015 (unidad digital 11.2)

-. Mediante orden administrativa de personal 213 de 17 de marzo de 2016, el jefe de desarrollo humano y familia de la Armada Nacional reconoció subsidio familiar en los términos del Decreto 1161 de 2014, a favor del infante de marina profesional John Jairo Guerra Misas en la suma de \$106.717,31, por el nacimiento de su primer hijo Matias Jilbert Guerra Orozco, a partir del 9 de diciembre de 2015 (unidad digital 11.1). Según el extracto de hoja de vida que obra en la unidad digital 2, el menor nació el 10 de junio de 2015.

-. Según constancia expedida por la división de nóminas de la Armada Nacional, el demandante devengó en el mes de octubre de 2021 sueldo básico por la suma de \$1.271.937 y subsidio familiar por \$292.545,51 (unidad digital 2)

-. El 15 de marzo de 2019, el actor, a través de apoderada, solicitó al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional la reliquidación retroactiva de su salario básico en un 20% y las prestaciones bajo la siguiente fórmula: un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%; así mismo, la reliquidación retroactiva del subsidio familiar y las prestaciones sociales, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000, con el pago de las diferencias causadas con respecto

al subsidio familiar que le fue reconocido. Lo anterior, con indexación e intereses a partir de la fecha en que ingresó a la institución (unidad digital 2). La jefe de la división de nóminas de la Armada Nacional, mediante el oficio 20190423330126491 MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM 1.10 de 18 de marzo de 2019, negó la solicitud por considerar que el actor ingresó a la Armada Nacional como infante de marina profesional el 26 de abril de 2008, mediante orden administrativa de personal 115 de 2008, fecha para la cual ya se encontraba vigente el Decreto 1794 de 2000, el cual establece que los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares a partir de la vigencia del Decreto 1793 de 2000, devengarán un salario mensual equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario, de manera que la entidad no puede cancelar sumas diferentes a las establecidas en el ordenamiento. Agregó que no se configura vulneración del derecho a la igualdad, en la medida en que los soldados voluntarios que luego se incorporaron como profesionales tienen una vinculación anterior, es decir, cuentan con un derecho consolidado. Agregó que no es posible reajustar el subsidio familiar reconocido al actor, toda vez que con la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009, se revivieron las disposiciones contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de la promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014, lo que no se presenta en el caso del demandante, quien presenta una situación jurídica consolidada de acuerdo a los actos que reconocieron el subsidio familiar de conformidad con lo establecido en el Decreto 1161 de 2014 que se encuentran en firme y ejecutoriados (unidad digital 2)

4. MARCO JURÍDICO APLICABLE

4.1. Reajuste salarial 20%

La Ley 131 de 1985, por medio de la cual se dictaron normas sobre servicio militar voluntario, contempló la categoría denominada soldados voluntarios como aquellos uniformados que prestaron el servicio militar obligatorio y expresaron su deseo de seguir vinculados a la Fuerza para incorporarse por un lapso no inferior a 12 meses, con derecho a percibir una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario; bonificación de navidad y; por una sola vez, un mes de bonificación por cada año de servicio o en forma proporcional, ello cuando se diera de baja.

A su turno, el Decreto 1793 de 2000, por el cual se adopta el régimen de carrera y

estatuto de personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, definió a los soldados profesionales, en el artículo 1º, como los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

La misma norma, en los artículos 3º y 5º estableció:

“Artículo 3. Incorporación. La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.

(...)

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.

(...)

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. 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.”

En esos términos, los soldados profesionales son: i) los que se incorporaron de manera directa mediante nombramiento por orden de personal después de superar el respectivo proceso de selección; ii) los soldados voluntarios vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaron su intención de incorporarse como profesionales y fueron aprobados por los Comandantes de Fuerza, quienes, en consecuencia, lo hicieron a partir del 1º de enero de 2001. En ese sentido, ha reconocido el Consejo de Estado que *“a partir de lo normado en el Decreto Ley 1793 de 2000, 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.”*⁷

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia de 25 de agosto de 2016. No. de referencia: CE-SUJ2 No. 003/16. Radicado: 850013333002201300060 01. No. Interno: 3420-2015. Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional. Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

En lo que concierne con el régimen salarial de esos servidores, se destaca que el Decreto 1793 de 2000, en el artículo 38 autorizó al Gobierno Nacional para expedir el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992 y sin desmejorar los derechos adquiridos.

Es preciso anotar que la Ley 4ª de 1992, a la que debía ceñirse la expedición del régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, contempló en el artículo 2º el respeto de los derechos adquiridos y señaló que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

Bajo ese panorama se expidió el Decreto 1794 del 2000, en cuyo artículo 1º se lee:

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

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

De acuerdo con el inciso 1º de la norma, los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares, a partir de su vigencia, devengarán un sueldo equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%, mientras que de conformidad con su inciso 2º, quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985, percibirán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Como se evidencia, la distinción hecha en el segundo inciso de la norma, que sin duda otorga un trato salarial más favorable a los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales (20% adicional, con su correspondiente incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales), no hizo cosa distinta que cumplir la garantía de no desmejorarlos salarialmente de acuerdo con el artículo 38 del Decreto Ley 1793 y en el literal a) del artículo 2º de la Ley 4ª de 1992.

En la materia, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016⁸, señaló:

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia de 25 de agosto de 2016. No. de referencia: CE-SUJ2 No. 003/16. Radicado: 850013333002201300060 01. No. Interno: 3420-2015. Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional. Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

“En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁹ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,¹⁰ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,¹¹ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹² derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992¹³ y el Decreto Ley 1793 de 2000,¹⁴ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

(...)

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁵ les respeta a los soldaos voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985,¹⁶ esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985,¹⁷ sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

⁹ Ib.

¹⁰ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹¹ Ib.

¹² Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹³ **Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.**

¹⁴ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

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

¹⁷ Ib.

(...)

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁸ es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹⁹ y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.

Definido lo anterior, se precisa también la situación salarial de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez luego de la creación de dicho régimen con el Decreto Ley 1793 de 2000,²⁰ a quienes el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,²¹ les determinó que devengarían un salario mensual equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%.
(Se destaca)

Adicional a lo anterior, dicha Corporación indicó que no se ha vulnerado el principio de la inescindibilidad de la norma, como quiera que la interpretación que se hace del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 es taxativa, teniendo en cuenta que la regulación salarial de los soldados profesionales se encuentra contenida en un único estatuto, que es el mencionado Decreto.

Finalmente, en cuanto a los efectos del ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, indicó que dicho reajuste “(...) lleva aparejado efectos prestacionales y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.”

4.2. Subsidio familiar

Mediante el Decreto 1794 de 2000, el Gobierno Nacional estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, y en el artículo 11 dispuso:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto²², 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.

¹⁸ Ib.

¹⁹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

²⁰ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

²¹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

²² ARTICULO 17. VIGENCIA Y DEROGATORIA. Este Decreto regirá a partir del **01 de Enero de 2001**, previa su publicación y deroga a partir de dicha fecha todas las disposiciones que le sean contrarias.

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.”

En el año 2009 se profiere por parte del Gobierno Nacional el Decreto 3770, por el cual derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, 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. Aclarase 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 2°. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000”.

Se precisa que el Decreto 3770 de 2009 empezó a regir a partir de su publicación el 30 de septiembre de 2009.

El 8 de junio de 2017, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado²³, declaró con efectos *ex tunc*, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, “*por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones*”, expedido por el Gobierno Nacional, por considerar

“En conclusión, la medida incorporada al ordenamiento jurídico mediante el Decreto 3770 de 2009, que suprime el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados profesionales al revocar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se constituye en regresiva y por tanto carente de legalidad, al no solamente contravenir los principios y normas en los que debería fundarse, sino también porque no es compatible con el contenido esencial de los derechos a la protección y seguridad social, al trabajo, y a la seguridad jurídica, toda vez que su objeto no se encuentra dirigido a promover el bienestar general de los soldados profesionales como integrantes de la fuerza pública en una sociedad democrática. Además del análisis efectuado fundado en el juicio de razonabilidad de la medida regresiva cuestionada, esta Subsección considera que con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogiéndose a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, in dubio pro justitia socialis, e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”.

Así las cosas, al declararse la nulidad de la norma que derogó el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales, con efectos *ex tunc*, se entiende que la derogatoria produce consecuencias desde el momento mismo en que tuvo origen el

²³ Consejero Ponente César Palomino Cortés, Rad. No.: 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10).

Decreto derogado, retrotrayendo todas las situaciones al estado anterior de la derogatoria, en consecuencia, recobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. En efecto, el Consejo de Estado, con ocasión de las solicitudes de adición y aclaración formuladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y los Ministerios de Defensa Nacional y de Hacienda y Crédito Público, frente a la sentencia de 8 de junio de 2017, profirió la providencia de 8 de septiembre de 2017, en la cual precisó:

“De acuerdo con lo dicho, la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.” (Se destaca)

Más adelante, en desarrollo de las Leyes 4ª de 1992 y 923 de 2005, se expidió el Decreto 1161 del 2014, por el cual se creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo que no perciben el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000, a partir del 1º de julio de 2014, cuyo artículo 1º estableció el porcentaje en que sería reconocido en la asignación básica, y en su artículo 5º se incluyó como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en cuantía del 70% de lo que se devengue en actividad por ese concepto.

5. CASO CONCRETO

Con base en ese marco legal y jurisprudencial, se advierte que en este asunto está demostrado que el demandante John Jairo Guerra Misas prestó el servicio militar del 26 de junio de 2006 al 14 de febrero de 2008, fungió como Alumno infante profesional del 14 de febrero de 2008 al 25 de abril de 2008 y como infante de marina profesional a partir del 26 de abril de 2008.

En consecuencia, el demandante se incorporó de manera directa al escalafón, es decir, no fungió previamente como soldado voluntario y su vinculación fue posterior al 31 de diciembre de 2000. De allí que su situación salarial quedó cobijada por lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por ende, su sueldo equivale al mínimo legal vigente incrementado en un 40%, de manera que no le es extensible el beneficio que el Legislador, en virtud de su libertad de configuración, contempló en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000

que se reclama (60%), ya que éste se mantuvo única y exclusivamente para los que fueron soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000 y se incorporaron como profesionales, condiciones que no reúne el demandante, por consiguiente, no es viable jurídicamente ordenar el reajuste de su salario en un 20%.

Ahora bien, la parte actora consideró que la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 protegió el salario de los soldados voluntarios, pero permitió a su vez la creación *ipso facto* de una marcada diferencia salarial dentro de una misma categoría institucional, debido a que, existen soldados profesionales que devengan un sueldo básico incrementado en un 60% y otros que su incremento corresponde a un 40%. Así mismo, afirmó que el derecho y principio constitucional a la igualdad sustancial del demandante se está viendo seriamente coartado por el hecho de reconocérsele un porcentaje inferior por concepto de sueldo básico, en comparación con sus compañeros que también tienen la categoría de soldado profesional, pero que perciben un 20% más a título de sueldo básico, pese a que su función constitucional, legal y reglamentaria como soldado profesional es la misma que la ejecutada por sus compañeros soldados que en algún momento fueron voluntarios, en contra del principio de “a trabajo igual, salario igual”.

Sobre el particular, se precisa que el Consejo de Estado, al resolver la solicitud de aclaración, corrección y adición de la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016, presentada por el Ministerio de Defensa, sostuvo:

“Cuarto. Solicitud de adición de la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016 por cuanto no se pronunció respecto del argumento de la defensa referido a la vulneración del derecho a la igualdad

Argumenta el Ministerio de Defensa Nacional, que la sentencia de unificación debe ser adicionada en «providencia complementaria» en la que se analice el argumento según el cual, la tesis de que los soldados voluntarios que posteriormente se incorporaron como profesionales, devengan una asignación básica equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, puesto que estos últimos perciben un salario mínimo legal incrementado en un 40%.

(...)

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 2011²⁴ 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

²⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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.

De acuerdo con lo argumentado, se denegará la solicitud de adición de la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016, en lo que al aspecto estudiado se refiere.” (Se destaca)

Así mismo, en fallo de tutela de 10 de noviembre de 2022²⁵, el Consejo de Estado anotó:

“Por su parte, respecto de la presunta omisión del Tribunal de explicitar que el acto administrativo demandado vulneraba el derecho a la igualdad, esta Sala advierte que tal autoridad -contrario a lo señalado por el accionante- de manera fundada y con fundamento en los alcances del derecho fundamental consagrado por el artículo 13 de la Constitución, verificó que existe un criterio de justificada razonabilidad en el tratamiento, y al efecto señaló:

En este caso observa la Sala que el demandante confunde el derecho a la igualdad con las condiciones temporales de igualdad en las que las asignaciones salariales pueden adquirirse, y en este caso, la diferencia entre uno y otro salario surgió con ocasión a la expedición del Decreto 1794 de 2000, pues es claro que la norma indicó que los soldados vinculados a partir de su expedición percibirían como asignación básica lo equivalente a un salario mínimo mensual vigente incrementado en un 40%, lo que permite concluir a la Sala que la supuesta violación invocada por la parte actora se encuentra justificada en el límite temporal fijado por medio del Decreto 1794 de 2000 a través del cual se fijó el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, por lo que no se evidencia una discriminación injustificada o arbitraria.”

En ese orden de ideas, descarta el despacho la vulneración del derecho a la igualdad alegada en la demanda, como quiera que el espíritu de la norma contenida en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, fue proteger derechos adquiridos de los soldados voluntarios que venían vinculados al 31 de diciembre de 2000, en ese orden, para los nuevos uniformados no se desconocen derechos adquiridos a mantener un salario que nunca percibieron y tampoco ingresó a su patrimonio, además, jamás estuvieron cobijados por la Ley 131 de 1985, y, desde esa perspectiva, el tratamiento que el Legislador, en virtud de su libertad de configuración estableció en material salarial está justificado válida y objetivamente y no constituye discriminación, al tratarse de dos grupos de uniformados que no se encuentran en plano de igualdad.

Por otra parte, la parte actora pretende se reajuste el subsidio familiar con aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 del decreto 1794 del 2000.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, 10 de noviembre de 2022, radicación: 11001-03-15-000-2022-02650-01, demandante: Daniel Gómez Fonseca, demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E y otro.

Pues bien, para resolver si al actor le asiste o no el derecho que reclama, es preciso resaltar que el Consejo de Estado, en sede de tutela, señaló²⁶:

*“Como se observa, el Tribunal Administrativo de Nariño fue claro en señalar que el derecho a percibir el subsidio de familia del señor José Alex Betancour Rodríguez, se rige bajo las disposiciones del artículo 1.º del Decreto 1161 de 2014, pues, en definitiva, el reconocimiento del derecho no depende solo de la fecha de vinculación al servicio, sino que el interesado tenga la condición de casado o con unión marital de hecho vigente, condición que el actor satisface, y que esto último, **haya sido reportado al Comando de la Fuerza respectiva, lo cual, en el asunto bajo estudio, solo se acreditó en el año 2015, cuando ya se encontraba vigente el referido Decreto;** pues como bien se afirma en el mismo escrito petitorio, «mediante escritura número 652 del **29 de mayo de 2015** de la Notaría Única del círculo de Puesto Asís, [el señor Betancour Rodríguez] declaró con la señora Tomasa Rivera Quiñones identificada con cédula 1.108.933.436 que tiene[n] Unión Marital de Hecho desde el 08 de agosto de 2009.».*

(...)

En este punto, se advierte que, contrario a lo expuesto por la parte actora, la decisión del Tribunal accionado de ninguna manera se fundó, únicamente, en el hecho que al actor se le había reconocido el subsidio familiar a la luz del artículo 1º del Decreto 1161 de 2014, si no, se reitera, en no poner en conocimiento del Comando de la Fuerza en debida oportunidad, el cambio de estado civil.

De conformidad con lo expuesto, contrario a lo argumentado por el tutelante, en la providencia acusada se observa que el juez de segunda instancia efectuó un estudio del caso puesto a su consideración supeditado a la normatividad y la jurisprudencia aplicables al asunto, las cuales coinciden con las alegadas como desconocidas, cuyo estudio arrojó que, teniendo en cuenta la fecha en que el actor acreditó la condición de unión marital vigente, le eran aplicables las disposiciones del artículo 1.º del Decreto 1161 de 2014, lo cual obedece a la autonomía e independencia en la interpretación de la cual están investidos los jueces de la República.

(...)

Así mismo, la subsección A de la sección segunda se pronunció en el mismo sentido, mediante la sentencia del 17 de febrero de 2022, en el radicado 11001-03-15-000-2021-11289-00²⁷, al considerar:

«[...] En el caso del accionante, se acreditó que solicitó el reconocimiento del subsidio familiar el 14 de agosto de 2014 y que, conforme a ese reporte, se le otorgó el referido beneficio mediante la Orden Administrativa de Personal 2170 del 30 de agosto de 2014, en cuantía del 20% para la señora Diana Pinzón Trejos, con quien contrajo nupcias el 30 de diciembre de 2009, y del 3 % por el nacimiento de su primogénita, para un total del 23 %.

Con fundamento en lo anterior, concluyó el Tribunal, que como la administración conoció del cambio de estado civil del accionante el 14 de agosto de 2014, su situación jurídica se gobernaba por las reglas fijadas en el Decreto 1161 de 2014 y, en consecuencia, no tenía derecho al reconocimiento del subsidio familiar con base en el Decreto 1794 de 2000 y, tampoco a su reliquidación como se decidió en el Oficio 20183111528951 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 15 de agosto de 2018; por ende, no había lugar a declarar nulo el referido acto, como lo hizo la primera instancia.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 26 de agosto de 2022, radicación: 11001-03-15-000-2022-04249-00, actor: José Alex Betancour Rodríguez, accionado: Tribunal Administrativo de Nariño y otro.

²⁷ CP Rafael Francisco Suárez Vargas.

La Sala estima que contrario a lo que plantea el accionante, lo resuelto en la sentencia adoptada por el Tribunal no constituye una transgresión del ordenamiento jurídico, sino que el juez de instancia consideró que el reconocimiento del subsidio familiar debía ceñirse a lo dispuesto en la norma vigente para el momento en que se comunicó el cambio de estado civil, requisito exigido para su concesión, lo cual ocurrió el 14 de agosto de 2014, esto es, en vigencia del Decreto 1161 de 2014 y, por tanto, la liquidación de ese beneficio debía obedecer a los parámetros fijados en ese precepto, el cual regía al momento de reclamar la titularidad del derecho.

Ello no quiere decir que el fallador haya actuado al margen de las disposiciones legales y el criterio jurisprudencial que se estableció en relación con el reconocimiento y pago del subsidio familiar a los soldados profesionales, sino que adoptó una decisión en el ámbito de la autonomía interpretativa que le concede la Constitución Política. [...]» (Subrayas fuera de texto original)

Con base en ese criterio, es posible colegir que los soldados profesionales que pretendan acogerse al subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000, no solo deben acreditar que están casados o con unión marital de hecho, sino, además, reportar el cambio de estado civil al Comando de la Fuerza, todo ello antes del 1º de julio de 2014, fecha en que entró a regir el subsidio contemplado en el Decreto 1161 de 2014, so pena de quedar gobernados por esta última normativa.

Pues bien, en este caso está probado que el actor ingresó a las Fuerzas Militares en el año 2006 y que mediante orden administrativa de personal 289 de 8 de abril de 2015, se le reconoció subsidio familiar en los términos del artículo 1º del Decreto 1161 de 2014, por unión marital de hecho (unión libre) con Eliana Orozco Gómez, a partir del 28 de enero de 2015 (unidad digital 11.2). Así mismo, mediante orden administrativa de personal 213 de 17 de marzo de 2016, se le reconoció subsidio familiar en los términos del Decreto 1161 de 2014, por el nacimiento de su primer hijo Matias Jilbert Guerra Orozco, a partir del 9 de diciembre de 2015 (unidad digital 11.1).

No se demostró el momento en que se constituyó la unión marital de hecho, con la escritura pública correspondiente, como tampoco el reporte del cambio de estado civil al Comando de la Fuerza, sin embargo, en la demanda, la parte actora reconoce que el demandante actualmente tiene “*un matrimonio civil de hecho*” con la señora Eliana Orozco Gómez **desde el año 2015**, con quien procreó un hijo. Ello indica que el señor Guerra Misas configuró su derecho en el año 2015, esto es, con posterioridad al mes de julio de 2014, por lo que la entidad debió dar aplicación al régimen vigente para entonces, esto es, el Decreto 1161 de 2014. En consecuencia, no es posible acceder al reajuste solicitado, por cuanto el actor NO es beneficiario del Decreto 1794 de 2000.

Por último, vale la pena precisar que, la parte actora alegó que el Decreto 1161 de 2014 trasgrede el principio de progresividad y prohibición de retroceso contenido en el artículo 48 de la Constitución Política, debido a que redujo el porcentaje que por concepto de subsidio familiar se reconoce a ese personal, esto es de un máximo del 62.5% a un máximo del 26% del sueldo básico. Sobre ese particular, considera este juzgado que en el asunto no se analiza la legalidad del Decreto 1161 de 2014, sino la del acto administrativo acusado, por lo que tales argumentos exceden el litigio planteado, y bien pueden promoverse a través de una acción de nulidad simple. Así mismo, se aclara que en el proceso radicado 11001-33-42-054-2020-00377-00, este despacho accedió a las pretensiones en un caso similar, por cuanto en esa causa, a diferencia de esta, sí se acreditó que el demandante adquirió el derecho desde antes de julio de 2014.

Los anteriores argumentos son suficientes para negar las pretensiones de la demanda, en la medida en que al señor Jhon Jairo Guerra Misas no le asiste las prerrogativas que reclama y no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto que demanda.

6. COSTAS

Considerando que no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso, no se impondrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. – **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – Sin condena en costas.

TERCERO. –Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE²⁸,

²⁸ Correos electrónicos: carlos.asjudinet@gmail.com; asjudinet20ysubsidiofamiliar@gmail.com; notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co; jose.mesa@mindefensa.gov.co; jjmesac@hotmail.com


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

Firmado Por:

Tania Ines Jaimes Martinez

Juez

Juzgado Administrativo

054

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: **a0f0245a3bbe04f71337150155c12406ec34a16b2ea8032e48bfae8a250a8958**

Documento generado en 12/12/2022 07:33:10 PM

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