**ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS INCORPORADOS COMO PROFESIONALES - La diferenciación que efectúa el ordenamiento está justificada en criterios objetivos que respetan las disposiciones constitucionales.**

Conforme lo expuso la Sala previamente, a pesar de lo extenso y reiterativo de la apelación, en realidad la inconformidad del recurrente frente a este punto reside en un aspecto central, que es la viabilidad de la equiparación salarial que pretende con base en la aplicación del principio de igualdad. Según la parte actora, tanto los soldados profesionales, como los soldados voluntarios que se incorporaron como tal, se encuentran en la misma situación de hecho porque ostentan el mismo régimen y, por ende, el primer grupo no puede devengar una asignación salarial inferior a la del segundo, ya que esto se traduciría en una violación del principio de igualdad. Al respecto, este Tribunal considera que estos grupos de trabajadores no se encuentran en la misma situación de hecho y, por ende, la diferenciación que efectúa el ordenamiento está justificada en criterios objetivos que respetan las disposiciones constitucionales. (…) En este orden de ideas, el decreto en comento efectivamente establece una diferenciación salarial entre los soldados profesionales y los soldados voluntarios que se incorporaron como tal, pues los primeros devengan una asignación salarial mensual inferior a la de los segundos en un 20 %. Pero este solo hecho no es suficiente para hablar de un trato discriminatorio. Para identificar si esa conducta es contraria a la Constitución, resulta necesario acudir al juicio integrado de igualdad. La Corte Constitucional ha explicado que aquel corresponde a una aproximación jurisprudencial nacional que reúne las características (i) del juicio de proporcionalidad que emplea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y algunos tribunales constitucionales europeos, y (ii) del test de igualdad que desarrolló la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. De acuerdo con el alto tribunal, la metodología del juicio integrado de igualdad es la siguiente: (…) En este orden de ideas, la primera etapa del juicio de igualdad, que determina su procedencia o no, consiste en establecer el *criterio de comparación* o, dicho de otra forma, si las personas o situaciones son equiparables. Esto por cuanto ‘la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio’, al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida” Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala comparte el criterio de la sentencia de primera instancia, pues los dos grupos de trabajadores no se encuentran ubicados en supuestos de hecho susceptibles de compararse en lo que tiene que ver con su asignación salarial mensual. Los soldados voluntarios tenían derecho a percibir una remuneración equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60 % (a título de bonificación), de acuerdo con la norma vigente al momento de su vinculación. Por eso, aunque el Gobierno Nacional pretendió profesionalizar sus servicios, previó que ese derecho no podía desconocerse, aunque, en general, las condiciones prestacionales de la nueva categoría mejoraran en su conjunto. Los soldados profesionales que se vincularon cuando la Ley 131 de 1985 ya regía no tienen ese derecho y ni siquiera una expectativa de una remuneración superior, porque nunca se beneficiaron de ella. Este punto es de suma relevancia, pues lo que persiguió la regulación fue impedir una desmejora de las condiciones que ya ostentaban quienes prestaban sus servicios cuando entró en vigor el nuevo régimen salarial y prestacional. Además, no puede perderse de vista que ese 20 % adicional constituye una medida transitoria que, por consiguiente, no tiene vocación de permanencia ni universalidad, pues desaparecerá una vez se retire del servicio el último soldado voluntario que se hubiera incorporado como profesional. Todo lo antedicho lleva a concluir que el Gobierno Nacional partió de un criterio de diferenciación de carácter objetivo, cuyo propósito era evitar que en la transición entre el régimen de los soldados voluntarios y el de los profesionales los primeros vieran afectados sus derechos laborales. En este sentido, es cierto que actualmente todos los soldados profesionales, hubieran servido como voluntarios o no, cuentan con el mismo régimen laboral, incluyendo las funciones y características del empleo. Es más, esta situación tiene origen en las normas superiores, así que los testimonios que se recibieron dentro del proceso se traducen en pruebas superfluas e innecesarias, que no aportan nada nuevo a lo que se desprende de la ley y el reglamento. (…).

**PRIMA DE ACTIVIDAD PARA SOLDADOS PROFESIONALES – No tiene derecho a su reconocimiento.**

Similar al anterior punto, la parte demandante considera que debe equipararse a los soldados profesionales con los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional en lo atinente a la prima de actividad. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado considera que la diferenciación es constitucionalmente legítima y, por ende, los soldados profesionales, como el actor, no tienen derecho a este emolumento. (…) Las anteriores razones, que el Tribunal comparte plenamente, son suficientes para considerar inviable la realización de un juicio de igualdad, máxime cuando la jurisprudencia traída a colación constituye precedente aplicable a este asunto en específico. Finalmente, la Sala resalta que en este caso no puede predicarse la existencia de una presunción de discriminación, como lo señala la parte actora. Al contrario, el reglamento que expidió el Gobierno Nacional se presume legal en los términos del artículo 88 del CPACA y a quien le corresponde desvirtuar esta figura es a quien considera que cuenta con un vicio de ilegalidad. Lo anterior, teniendo en cuenta además que se trata de disposiciones generales, abstractas e impersonales que siguen la lógica de la organización integral de los regímenes de los diferentes grupos de trabajadores que prestan sus servicios a la institución castrense; así que no es una medida puntual ni discrecional de la entidad nominadora. Por ende, la calificación que efectúa el demandante sobre la creación de un supuesto trato discriminatorio no hace que el juez, por la sola percepción del interesado, deba acceder a las pretensiones de la demanda, incluso en contravía del diseño normativo del emolumento y de la valoración que de su legalidad ha realizado el órgano de cierre de esa jurisdicción.

**SUBSIDIO FAMILIAR PARA SOLDADOS PROFESIONALES - En el caso concreto el actor tiene derecho a su reconocimiento de acuerdo con el Decreto 1794 de 2000- Rectificación jurisprudencial.**

En este contexto, a los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon la existencia de una unión marital de hecho antes del 30 de septiembre de 2009 les aplica el Decreto 1794 de 2000, debido a que en ese momento estaba vigente indiscutiblemente. Asimismo, quienes consolidaron el derecho después del 1.º de julio de 2014 quedaron cobijados por el Decreto 1161 de 2014, porque, como lo indicó el Consejo de Estado, continúa vigente. Aunque entre esas dos fechas en principio no existió ninguna disposición en el ordenamiento que contemplara un subsidio familiar a favor de los soldados profesionales, la nulidad del decreto derogatorio revivió los efectos del Decreto 1794 de 2000, con lo cual se llenó el vacío que afectaba a quienes vieron frustrada la expectativa legítima que pudo consolidarse dentro de ese periodo. Pese a que esta premisa parece clara, en la práctica ha generado varias interpretaciones, que principalmente giran en torno al factor determinante que permite entender consolidado el derecho y, de forma secundaria, a la forma como debe computarse el fenómeno de la prescripción. Frente al primer aspecto, el Consejo de Estado ha conocido procesos en sede de tutela con soluciones diversas y en su gran mayoría ha negado o declarado improcedentes las acciones respectivas, luego de verificar que el juez ordinario desplegara un ejercicio razonable de argumentación. En este sentido, por ejemplo, ha considerado válidas las interpretaciones que consideran que la consolidación del derecho requiere no solo la prueba del matrimonio o la unión marital de hecho, sino también de que se solicitara su reconocimiento ante el Ejército Nacional (este Tribunal en tres oportunidades ha acogido la anterior posición): (…) Por otra parte, las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado se han inclinado a considerar que la negación del derecho en estos casos configura un defecto sustantivo, pues desconoce los efectos retroactivos (*ex tunc*) de la sentencia que anuló el decreto derogatorio. En estos eventos, el alto tribunal ha sostenido que el juez debe tener en cuenta que los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon una unión marital de hecho en el interregno en el que no existía el subsidio familiar, no podían solicitar al Ejército Nacional el reconocimiento del derecho por esa misma circunstancia: (…) Incluso, vale la pena agregar que pueden encontrarse casos (incluyendo uno que examinó una sentencia que profirió esta Corporación desestimando las pretensiones de la demanda) en los que el Consejo de Estado expresamente señala que su análisis no se refiere a la validez jurídica de la posición que asumió el juez ordinario, sino a que esta fuera razonablemente argumentada: (…). Ante la ausencia de una posición pacífica o unificada en el Consejo de Estado sobre este tema, esta Sala de Decisión acoge el criterio según el cual la consolidación del derecho, en los casos en los que el matrimonio o la declaración de la unión marital de hecho ocurren entre el 30 de septiembre de 2009 y el 30 de junio de 2014, no requiere de la verificación adicional de la fecha en que el interesado reclamó el reconocimiento del subsidio familiar al Ejército Nacional. Lo anterior con base en tres argumentos esenciales. Primero, en virtud de los efectos retroactivos de la sentencia que anuló el decreto derogatorio, los cuales están llamados a llenar el vacío regulatorio que se generó en ese periodo y, en ese sentido, a beneficiar a quienes contaban con una expectativa legítima. Por lo tanto, jurídicamente se entiende que el Decreto 1794 de 2000 estuvo plenamente vigente durante ese lapso. Segundo, porque, como lo advierten las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado, la exigencia relativa a radicar la reclamación del derecho antes del 1.º de julio de 2014 es irrazonable, pues en el interregno en comento no existía ninguna norma que permitiera a los soldados profesionales acceder al subsidio familiar, lo cual solo ocurrió con el Decreto 1161 de 2014. Asumir que en estos escenarios el derecho solo se consolida al momento de la reclamación equivaldría a ignorar que entre el 30 de septiembre de 2009 y el 30 de junio de 2014 los soldados profesionales no tenían ninguna razón para informar al Ejército Nacional su cambio de estado civil y mucho menos para reclamar el reconocimiento de un subsidio familiar, pues el Gobierno Nacional ya había eliminado y, por consiguiente, su petición carecería de fundamento normativo. Y, tercero, mientras que el Decreto 1161 de 2014 expresamente señala que “el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud”, el Decreto 1794 de 2000 simplemente manifiesta que “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”. Entonces, la nueva norma establece que la fecha de la solicitud es determinante para la consolidación del derecho, al punto que solo desde ese momento comienzan los efectos fiscales de la prestación, pero esa precisión no aparece ni es predicable de la norma anterior, la cual solo aclara que, para efectos del reconocimiento del subsidio familiar, el interesado debe informar el cambio de estado civil a la entidad. Con este criterio la Sala de Decisión rectifica el entendimiento con el que abordó casos similares en anteriores oportunidades. (….) Así las cosas, de conformidad con el análisis que acaba de efectuarse, el señor Ronal Andrés Guerrero Ceballos tiene derecho a que el reconocimiento y pago del subsidio familiar se lleve a cabo con los parámetros del Decreto 1794 de 2000, pues consolidó su derecho en el interregno del vacío regulatorio que se llenó gracias a los efectos de la sentencia de nulidad que emitió el Consejo de Estado.

**PRESCRIPCIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR PARA SOLDADOS PROFESIONALES - Tesis acerca de cómo debe computarse la prescripción /PRESCRICIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR PARA SOLDADOS PROFESIONALES - Debe computarse teniendo como referencia la fecha de radicación de la reclamación administrativa y con un plazo de tres años.**

No obstante, esta conclusión lleva a una nueva complejidad, que corresponde a la forma como debe computarse la prescripción. Volviendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sala advierte que el alto tribunal, bajo la lógica que se relató previamente, ha considerado razonablemente argumentadas las siguientes posiciones: a) Tesis 1: Sin que sea necesario abordar el fenómeno, el reconocimiento del derecho debe cobijar únicamente el periodo comprendido entre la fecha del matrimonio o declaración de la unión marital de hecho y la de expedición del Decreto 1161 de 2014, pues desde este último instante la prestación quedó gobernada por una nueva regulación. b) Tesis 2: Los efectos fiscales de la reliquidación del subsidio familiar solo se surten desde el 8 de junio de 2017, que fue la fecha de expedición de la sentencia que anuló el decreto derogatorio. Por ende, la prescripción podría afectar sumas que se causaron después de esa fecha y que superen el plazo extintivo correspondiente (esta fue la postura que aplicó la sentencia de primera instancia). c) Tesis 3: La prescripción debe computarse como se hace habitualmente, es decir, teniendo como referencia la fecha de radicación de la reclamación administrativa y con un plazo de tres años. Adicionalmente, el recurso de apelación de la parte demandante señala que el periodo comprendido entre la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y la expedición de la sentencia que anuló el decreto derogatorio no debe tenerse en cuenta para efectos de la prescripción, lo que conllevaría en este caso a no declararla y, por lo tanto, que los efectos fiscales de la decisión operen desde el 3 de octubre de 2009. Ante estas discrepancias, en criterio de la Sala la posición más razonable y que mejor se adecúa a las exigencias normativas es la tercera, la cual implica el estudio de la prescripción trienal de forma ordinaria. (…).

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Con esta sentencia esta Sala de Decisión rectifica su jurisprudencia en cuanto al reconocimiento del subsidio familiar para soldados profesionales de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 en los términos señalados en la misma.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
|  https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list\_procesos.aspx?guid=150013333012201900219011500123 |



***REPÚBLICA DE COLOMBIA***

***TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN 4***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

|  |  |
| --- | --- |
| **MEDIO DE CONTROL:**  | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  |
| **REFERENCIA:**  | 15001-33-33-012-**2019**-**00219**-01 |
| **DEMANDANTE:**  | RONAL ANDRÉS GUERRERO CEBALLOS  |
| **DEMANDADO:**  | NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL  |
| **TEMA:**  | SOLDADOS PROFESIONALES – INCREMENTO DE ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL EN UN 20 % – PRIMA DE ACTIVIDAD – RECONOCIMIENTO DE SUBSIDIO FAMILIAR CON DECRETO 1794 DE 2000 – RECTIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA  |
| **ASUNTO:**  | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**  |

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y la entidad demandada, respectivamente, contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2022, mediante la cual el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

 **I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA[[1]](#footnote-1)**

# DECLARACIONES Y CONDENAS

1. El señor Ronal Andrés Guerrero Ceballos, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el objeto de que se declare la nulidad (i) del acto administrativo contenido en el oficio 20183112273841 MDNCGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 21 de noviembre de 2019, y (ii) del acto ficto negativo que se produjo en relación con la petición con referencia YRSXZK13T3.

1. De forma subsidiaria, solicitó que se inaplique por inconstitucionalidad e inconvencionalidad el acto acusado, con base en los artículos 13 y 53 de la Constitución y 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos: (i) diferencia salarial del 20 % por fungir como soldado profesional, con sus consecuentes efectos prestacionales, (ii) prima de actividad en el porcentaje previsto para los oficiales y suboficiales, y (iii) subsidio familiar, con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

1. Finalmente, pidió que se condene a la entidad accionada al pago de las costas y que se disponga que la sentencia debe cumplirse en los términos de los artículos 187, 192 y siguientes del CPACA.

# FUNDAMENTOS FÁCTICOS

1. El apoderado de la parte demandante enunció los fundamentos fácticos relevantes que se resumen enseguida (se excluyen los aspectos que constituyen razones de derecho):

1. Que el señor Ronal Andrés Guerrero Ceballos, en su calidad de soldado profesional, devenga una asignación salarial mensual que equivale a un salario mínimo incrementado en un 40 %. Sin embargo, el mismo concepto para los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales asciende a un salario mínimo incrementado en un 60 %.

1. Que el demandante se encuentra en los mismos supuestos de hecho que los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, para efectos del reconocimiento de la prima de actividad.

1. Que *“algunos de mi* (sic) *poderdantes, devenga* (sic) *el subsidio de familia, desde el año 2014, bajo las disposiciones del decreto 1161 de 2014, y no con el decreto 1794 de 2000, artículo 11”*.

1. Que el 5 de octubre de 2018 (rad. YRSXZK13T3) el demandante solicitó el reconocimiento de los conceptos en mención ante el Ejército Nacional, pero la entidad solo se pronunció expresamente frente al subsidio familiar, en el sentido de negar su reconocimiento.

# FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El apoderado de la parte actora señaló como normas violadas los artículos 1,

4, 5, 13, 25, 29, 53, 93, 94, 125 y 217 de la Constitución; 1, 2, 23 y 24 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; 24 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

1. En síntesis, sostuvo que el trato histórico para los soldados profesionales ha sido desigual y discriminatorio, y citó como ejemplos la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, el *“[d]esmedro del 20% de salario de los soldados que se vincularon con vigencia de la ley 131 de 1985”*, las partidas computables para la asignación de retiro en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y el subsidio familiar.

1. Hizo alusión al principio de igualdad y a la igualdad salarial como una de sus especies (principio a trabajo igual, salario igual), para afirmar que tanto los soldados voluntarios que posteriormente se incorporaron como profesionales en virtud del Decreto-Ley 1793 de 2000, como los soldados profesionales que se vincularon en vigencia de esta última norma, se regulan por las mismas normas y cumplen las mismas funciones. No obstante, los segundos devengan un sueldo básico inferior en un 20 % respecto de la que perciben los primeros.

1. Refirió que la asignación salarial de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales se acrecentó a costa del empobrecimiento de los soldados que directamente se vincularon como profesionales.

1. Consideró lo anterior discriminatorio y, por ende, contrario a la Constitución y a instrumentos internacionales.

1. Insistió en el principio de igualdad y, a partir de la citación de las normas que establecen la prima de actividad a favor de los oficiales y suboficiales, consideró que se encontraba en el mismo supuesto de hecho que estos (servicio activo) para efectos de devengar la prestación. Además, agregó que no existe un criterio objetivo que justifique que los soldados profesionales no devenguen la prima de actividad.

1. Refirió que debía aplicarse el principio de favorabilidad (luego hace alusión a la condición más beneficiosa) respecto del subsidio familiar, debido a la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, a partir de lo cual debe concluirse que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 actualmente se encuentra vigente, no el Decreto 1161 de 2014.

# CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[[2]](#footnote-2)

1. El Ejército Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto acusado se ajusta a derecho.

1. Hizo referencia a la presunción de legalidad de los actos administrativos y al régimen salarial y prestacional para los miembros de la fuerza pública, y agregó que no era procedente la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado porque el actor nunca ostentó la calidad de soldado voluntario.

1. Indicó que el subsidio familiar no es una partida computable para las asignaciones de retiro y pensiones de los soldados profesionales, según el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004.

1. Añadió que el subsidio familiar le fue reconocido al accionante con fundamento en el Decreto 1161 de 2014.

1. Señaló que la prima de actividad está prevista solo a favor de los oficiales y suboficiales, no de los soldados profesionales, así que el acto acusado atendió el régimen salarial y prestacional del demandante.

1. Formuló la excepción de prescripción, con fundamento en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

# SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[[3]](#footnote-3)

**23.** El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 9 de junio de 2022, resolvió:

*“(…)* ***PRIMERO.- DECLARAR QUE OPERÓ EL SILENCIO ADMINISTRATIVO***

***NEGATIVO****, en relación con la solicitud de reconocimiento, y pago de la diferencia salarial del 20% y de la prima de actividad, a favor del señor RONAL ANDRÉS GUERRERO CEBALLOS, contenida en el oficio de fecha 05 de octubre de 2018, conforme la motivación de la providencia.*

***SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD*** *del oficio No. 20183112273841, MDNCGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 21 de noviembre de*

*2018, mediante el cual la NACION* (sic) *– MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, resolvió de manera desfavorable la solicitud del actor consistente en reajustar su asignación mensual teniendo en cuenta el subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 de 2000 en un 4% más la asignación de la prima de antigüedad, por las razones expuestas en la parte motiva.*

***TERCERO.- CONDENAR*** *a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –*

*EJÉRCITO NACIONAL, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar el subsidio familiar del señor RONAL ANDRÉS GUERRERO CEBALLOS, identificado con C.C. No. 93.437.888, a partir del 09 de Junio de 2017, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000.*

***CUARTO.- ORDENAR*** *a la* ***NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL*** *a* ***pagar*** *las diferencias causadas entre lo sufragado y lo que debió pagarse por concepto de subsidio familiar,* ***con efectos fiscales a partir del 09 de Junio de 2017,*** *dado que no operó el fenómeno prescriptivo.*

*(…)*

***SÉPTIMO.- NEGAR*** *las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. (…)”* (Resaltado del texto original)

1. Para adoptar esta determinación, la jueza de primera instancia se refirió al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, el subsidio familiar, la prima de actividad y el derecho a la igualdad, para luego relacionar las pruebas que obran en el proceso y abordar el caso concreto.

1. Explicó que la parte demandante elevó su solicitud con el fin de obtener el reconocimiento de la diferencia salarial del 20 %, la prima de actividad y el subsidio familiar, pero la entidad accionada solo se pronunció expresamente respecto de este último concepto. Por ende, consideró que se configuró un acto ficto negativo frente al reclamo de los demás emolumentos.

1. Sostuvo que el demandante nunca ostentó la calidad de soldado voluntario, de modo que no tenía derecho a devengar una asignación básica equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60 %, teniendo en cuenta que dicha prerrogativa tuvo como finalidad respetar los derechos adquiridos de quienes se vincularon como soldados antes de la expedición del Decreto 1794 de 2000.

1. Manifestó que el aludido Decreto 1794 de 2000 no contempla la prima de actividad a favor de los soldados profesionales, sin que ese aspecto signifique una violación al derecho a la igualdad, como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

1. Adujo que el Ejército Nacional reconoció al actor el subsidio familiar en un 23

%, con efectos fiscales a partir del 14 de enero de 2015 y bajo los parámetros del Decreto 1161 del 2014, por haber contraído matrimonio el 3 de octubre de 2009 y procrear a un hijo.

1. Expuso que, por lo tanto, el accionante consolidó su derecho el 3 de octubre de 2009, momento en el que el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000 se encontraba derogado por el Decreto 3770 de 2009, pues sus efectos solo revivieron hasta el 8 de junio de 2017, con la publicación de la sentencia a través de la cual el Consejo de Estado anuló la norma derogatoria.

1. Indicó que, en este contexto, era procedente reajustar el subsidio familiar con fundamento en el del Decreto 1794 del 2000, pues el derecho se causó antes de la expedición del Decreto 1161 de 2014.

1. Precisó que no operó la prescripción en este caso, pues la sentencia anulatoria en mención fue publicada el 8 de junio de 2017 y la parte demandante radicó la reclamación administrativa el 5 de octubre de 2018 y demandó el 12 de agosto de 2019.

1. Cabe anotar que la parte actora solicitó la adición de la sentencia, pero el juzgado no accedió a esa petición con auto del 7 de octubre de 2022[[4]](#footnote-4).

**RECURSOS DE APELACIÓN**

# PARTE DEMANDANTE5

1. La parte demandante presentó su recurso de apelación en 109 folios y lo dividió en dos partes, a saber: (i) infracción al principio de congruencia y nulidad de la sentencia, y (ii) motivos de disenso frente a la sentencia. Estos últimos comprenden una relación (por lo menos formal) de 36 cargos contra el fallo de primer grado.

1. Ante el carácter extenso y reiterativo de la argumentación, la Sala resumirá sus puntos esenciales:

1. Infracción al principio de congruencia y nulidad de la sentencia: Sostuvo que

*“[e]n la sentencia no se resolvió de forma completa, exhaustiva, y rigurosa”* todas y cada una de las expresiones que aparecen en los acápites de pretensiones, hechos y concepto de violación, al punto que la excepción de inconstitucionalidad no se resolvió. Además, que la jueza tampoco atendió los argumentos de los alegatos de conclusión.

1. Consideró que lo anterior violó su derecho al debido proceso (plenitud de las formas propias del juicio) e incumplió los principios de imparcialidad y congruencia. Por ende, pidió que el Tribunal declare la nulidad de la sentencia.

1. Motivos de disenso frente a la sentencia:

1. Frente al reajuste salarial del 20 %: Insistió en que los soldados profesionales y los voluntarios que se incorporaron como tal se encuentran en las mismas condiciones y se rigen por las mismas normas. Por ende, procedía adelantar el juicio de igualdad, por la vulneración del principio a trabajo igual salario igual.

1. Recalcó que el Decreto 1793 de 2000 establece un trato igualitario para ambos grupos en cuanto a los regímenes de responsabilidades, obligaciones, funciones, retiro, situaciones administrativas, educación y salud, e incluso se trata de una carrera administrativa con un solo cargo (soldado profesional).

1. Aseguró que la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 no tenía efectos de cosa juzgada frente al problema del trato discriminatorio porque este punto no hizo parte de su *ratio decidendi*, sino que el estudio giró en torno a los derechos adquiridos de los soldados voluntarios. Además, indicó que los supuestos fácticos de este caso no son similares, así que los efectos de la unificación no pueden extendérsele.

1. Resaltó que la fecha de vinculación al cargo no era un criterio válido para otorgar un trato discriminatorio, en concordancia con la sentencia T-097 de 2006. Asimismo, afirmó que los soldados voluntarios se incorporaron como profesionales el 1.º de enero de 2001, que fue la fecha de entrada en vigor del Decreto 1793 de 2000.

1. Manifestó que no era cierto que el Decreto 1794 de 2000 contemplara un régimen de transición para los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, porque la diferencia salarial del 20 % a su favor no era una expectativa legítima, sino un derecho adquirido.

1. Reiteró que no existe ningún criterio objetivo que impida la aplicación del principio a trabajo igual salario igual, como diferencias en la estructura institucional, criterios de evaluación y desempeño, o las clasificaciones de los empleos. Añadió que tener como probado este aspecto significaba la *“violación del principio mundialmente reconocido de imparcialidad judicial”*.

1. Esgrimió que la jueza omitió aplicar la jurisprudencia constitucional relativa al principio de igualdad y que en estos casos se invierte la carga de la prueba, de forma que a la entidad le correspondía demostrar que su conducta no es discriminatoria. Además, adujo que en la primera instancia no se valoró la prueba testimonial y que las pretensiones desconocían el principio de inescindibilidad normativa.

1. Resaltó que la sentencia desconoció el artículo 53 de la Constitución, en lo atinente a la igualdad de oportunidades para los trabajadores, el derecho a la remuneración mínima vital y móvil, la primacía de la realidad sobre las formalidades, la remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, y los principios de la carrera administrativa.

1. Frente a la prima de actividad: Insistió en la aplicabilidad de un juicio de comparación, debido a que el emolumento no era salario, sino una prestación salarial que cuenta con un supuesto de hecho común, que es la permanencia en el servicio, sin que pueda justificarse válidamente una diferenciación.

1. Reiteró que en casos como este se presumía la discriminación y la parte demandada debía acreditar lo contrario.

1. Frente al subsidio familiar: Consideró que los efectos fiscales del reconocimiento deben computarse desde el 3 de octubre de 2009, debido a que la obligación solo se hizo exigible con la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 1161 de 2014 con efectos *ex tunc* (26 de septiembre de 2017).

1. Manifestó que, si el Tribunal decide revocar el fallo impugnado en lo que tiene que ver con el subsidio familiar, era necesario abordar las pretensiones subsidiarias de la demanda, que se refieren a las excepciones de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, pues consideró que *“la entidad demandada* [no] *desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre el acto administrativo que negó el reconocimiento del reajuste del subsidio de familia y sobre el decreto 1161 de 2014”*.

1. Finalmente, redundó en la aplicación de los principios de igualdad, favorabilidad, condición más beneficiosa, *in dubio pro operario*, progresividad, la protección de las expectativas legítimas.

1. Por lo tanto, pidió que se declare la nulidad parcial de la sentencia de primera instancia; en subsidio, que se proceda a la adición de la providencia; y que, en caso de que no prosperen estas dos solicitudes, se acojan los argumentos del recurso.

# PARTE DEMANDADA[[5]](#footnote-5)

1. La apoderada del Ejército Nacional citó el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 y expresó que el subsidio familiar no es una partida computable para la asignación de retiro (sic).

1. Explicó la naturaleza del subsidio familiar y su evolución normativa, para afirmar que el accionante no estaba devengándolo en vigencia del Decreto 1794 de 2000, que *“no es un factor salarial ni constituye partida computable para efectos prestacionales periódicos”*, y que ya existe una situación consolidada al respecto.

1. Cuestionó que el accionante no atacara el acto que reconoció a su favor el subsidio familiar con el Decreto 1161 de 2014 y esgrimió que la actual demanda pretendía revivir términos.

1. Efectuó una distinción entre derechos adquiridos y expectativas legítimas, y señaló que *“la situación fáctica de la parte actora, no permite la aplicación del Decreto 1794 de 2000 para su subsidio familiar, en cuanto no tenían el requisito necesario para su reconocimiento, pues no contaba con ser casado o con tener unión marital de hecho vigente”*.

# TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

**56.** El juzgado concedió los anteriores recursos mediante auto del 17 de noviembre de 2022[[6]](#footnote-6) y esta Corporación los admitió con providencia calendada del 26 de enero del presente año[[7]](#footnote-7). Las partes no se pronunciaron en la oportunidad que prevé el artículo 247-4 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021).

# CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

**57.** El agente del Ministerio Público con funciones de intervención ante esta Corporación no emitió concepto.

 **II. CONSIDERACIONES**

# CONTROL DE LEGALIDAD

**58.** De conformidad con el artículo 207 del CPACA, la Sala no encuentra que se haya configurado alguna causal de nulidad que pueda invalidar la actuación realizada dentro del proceso.

# CUESTIÓN PREVIA

1. Antes de abordar el fondo del asunto, el Tribunal considera necesario precisar que las pretensiones subsidiarias constituyen una redundancia respecto de la principal y se propusieron de manera antitécnica.

1. El apoderado de la parte actora formuló como pretensión principal la anulación del acto acusado y, como subsidiarias, su inaplicación por inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad. Entonces, aunque no las propusiera simultáneamente como principales, todas persiguen lo mismo, que es desvirtuar la legalidad de una única determinación con base en idénticas razones de derecho.

1. Por ende, lo que en realidad ocurrió es que el profesional del derecho procuró que el acto que le fue desfavorable a su poderdante se calificara como contrario a derecho por el desconocimiento de normas superiores, a través de dos vías que en este caso solo tienen diferencias formales, pues su práctico efecto es el mismo, en virtud de la forma como se elevaron.

1. Aunque la jueza de primera instancia no reparó en este aspecto, eso no hace que dicha proposición irregular quede saneada, ya que da lugar a la configuración de la excepción de ineptitud de la demanda que prevé el artículo 100-5 del CGP, la cual puede declararse de oficio en la sentencia de conformidad con el inciso 2.º del artículo 187 del CPACA. Vale la pena resaltar que esta última norma faculta al juez administrativo a declarar de oficio en la sentencia cualquier excepción que encuentre configurada, de manera que esta actuación no depende exclusivamente del ejercicio de la defensa de la entidad accionada.

1. Lo anterior sin perjuicio de resaltar que la pretendida aplicación de las excepciones de inconstitucionalidad e inconvencionalidad no cuenta con una sustentación jurídica real en la demanda, más allá del cargo alusivo a la violación de los principios de igualdad y *“a trabajo igual, salario igual”*, pues la referencia a las demás normas constitucionales y a instrumentos internacionales es apenas enunciativa.

# PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Corresponde a la Sala establecer si:

* 1. *¿La sentencia de primera instancia es incongruente y, por ende, está afectada por un vicio insubsanable?*

* 1. *¿La diferencia que existe en la asignación salarial mensual de los soldados profesionales y la de los voluntarios que se incorporaron como tal configura un trato discriminatorio en perjuicio de los primeros, que desconoce el principio “a trabajo igual, salario igual”?*

* 1. *¿Los soldados profesionales deben equipararse a los oficiales o suboficiales del Ejército Nacional para efectos del reconocimiento de la prima de actividad?*

* 1. *¿Teniendo en cuenta la fecha en que contrajo matrimonio, el actor tiene derecho a devengar el subsidio familiar de acuerdo con el Decreto 1794 de 2000? De ser así ¿cómo debe computarse la prescripción?*

1. De la interpretación de la sentencia apelada y los motivos de inconformidad propuestos en los recursos, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

# TESIS ARGUMENTATIVA PROPUESTA POR LA SALA

1. *En primer lugar, la Sala precisa que la supuesta incongruencia de la sentencia de primera instancia no es causal de nulidad, sino que debe atacarse a través del recurso de apelación. Esto, sin perjuicio de aclarar que el fallo impugnado se pronunció de forma adecuada y completa frente a las pretensiones de la demanda, en el marco de su causa petendi.*

1. *Frente al fondo del asunto, el Tribunal concluye que el artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 contempla un trato diferenciado en cuanto a la asignación salarial mensual que devengan los soldados profesionales y los soldados voluntarios que se incorporaron como tal. No obstante, esa diferenciación se encuentra justificada en un criterio objetivo constitucionalmente legítimo, que es la protección de los derechos adquiridos de los segundos de cara al cambio de régimen que dispuso el Gobierno Nacional. Por esa razón, no se configura una violación de los principios de igualdad y “a trabajo igual, salario igual”.*

1. *De forma similar, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los soldados profesionales no se encuentran en el mismo plano de igualdad que los oficiales o suboficiales del Ejército Nacional para efectos de la prima de actividad, así que el actor no tiene derecho a su reconocimiento.*

1. *Finalmente, no existe uniformidad en la jurisprudencia respecto de la norma que debe regir el reconocimiento del subsidio familiar a favor de los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon la existencia de una unión marital de hecho entre el 30 de septiembre de 2009 y el 30 de junio de 2014, y que solicitaron el reconocimiento de la prestación en vigencia del Decreto 1161 de 2014 (como es el caso del accionante).*

1. *En este contexto, la Sala de Decisión rectifica su posición y acoge la tesis que afirma que la disposición aplicable es el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. Además, acoge la postura que señala que opera el término trienal de prescripción, cuya referencia será la fecha en la que el interesado elevó la reclamación administrativa.*

1. *Con base en lo anterior, se confirmará la sentencia apelada, a excepción de sus numerales 3.º y 4.º, los cuales se modificarán para precisar los efectos fiscales de la reliquidación (en este caso, desde el 5 de octubre de 2015), junto con el deber de descontar las cotizaciones que correspondan al afiliado con destino al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Asimismo, se adicionarán dos numerales, uno para declarar probada la excepción de prescripción (en concordancia con lo expuesto previamente) y otro para declarar la ineptitud de la pretensión subsidiaria, conforme se explicó en el acápite de cuestión previa.*

**ANÁLISIS DE LA SALA**

# LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA NO ES INCONGRUENTE

1. La primera parte de la argumentación de la apelación se refiere a una supuesta incongruencia de la sentencia, que el apoderado del demandante considera de tal gravedad que, en su criterio, genera la nulidad de la providencia.

1. La Sala no comparte esa apreciación, pues, por un lado, la incongruencia de una sentencia de primera instancia no es causal de nulidad, y por otro, en este caso la decisión recurrida no incurrió en ese defecto.

1. Al respecto, las nulidades se rigen, entre otros, por el principio de taxatividad, según el cual solo tienen esa connotación los vicios que determine la ley. Dicho de otra forma, *“dentro de un proceso pueden existir múltiples irregularidades, pero únicamente tienen fuerza para invalidar la actuación las irregularidades ‘nulidades’ taxativamente contempladas por el legislador”[[8]](#footnote-8)*.

1. La Corte Constitucional recalcó específicamente este aspecto en la sentencia C-491 de 1995 y precisó que únicamente existe una nulidad de origen constitucional, que es la atinente a la obtención de pruebas con violación del debido proceso.

1. Bajo ese entendido, el artículo 208 del CPACA remite actualmente al artículo 133 del CGP en cuanto a las causales de nulidad del proceso contencioso administrativo y allí no se encuentra la incongruencia de la sentencia de primera instancia. Esto es así porque los defectos en la motivación de la decisión de fondo de primer grado deben atacarse a través del recurso de apelación, pues no se trata de un aspecto meramente procesal, sino sustancial.

1. Adicionalmente, si el vicio se presenta en el fallo de segundo grado (contra el cual no procede ningún recurso), la situación se enmarca en la causal 5.ª del recurso extraordinario de revisión (art. 250 CPACA)[[9]](#footnote-9), lo que significa que en este escenario tampoco debe seguirse el trámite del incidente de nulidad.

1. Por otra parte, aun dejando de lado la improcedencia de la solicitud de nulidad, esta Corporación evidencia que el juzgado se pronunció de forma adecuada y completa frente a las pretensiones de la demanda, en el marco de su *causa petendi*, pues verificó la situación fáctica en la que se encuentra el demandante y analizó si era beneficiario de los conceptos que reclama.

1. El hecho de que la jueza no estudiara los pronunciamientos del apoderado del demandante frase por frase, como lo insinúa el recurso, no desdibuja esta conclusión, pues en este caso el conflicto reside en un tres puntos concretos (pese a que incluyan argumentos complementarios), que consisten en determinar (i) si es jurídicamente viable equiparar salarialmente a los soldados profesionales con los soldados voluntarios que se incorporaron a esa calidad, para efectos de su asignación básica, (ii) si también se equiparan a los oficiales y suboficiales para tener derecho a la prima de actividad, y (iii) si el actor tiene derecho al reconocimiento del subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

1. Aunque la exposición jurídica del apoderado se extienda a un número innecesariamente abultado de páginas, o el ejercicio argumentativo se infle y sobrecargue de forma antitécnica, el conflicto en ningún caso adquirirá connotaciones diferentes ni hará que los límites del pronunciamiento se expandan más allá, al punto de que, como lo propone el profesional del derecho, deba exigirse al operador judicial que lleve a cabo un estudio histórico de cómo los soldados profesionales presuntamente han venido siendo discriminados sistemáticamente en temas prestacionales y pensionales.

1. En este orden de ideas, las supuestas omisiones debían proponerse como cargos de la apelación, como efectivamente ocurrió en este proceso, motivo por el cual el Tribunal pasará a abordarlos.

1. Finalmente, vale la pena resaltar que, como se dijo, el recurso cuestionó la supuesta incongruencia de la sentencia de primera instancia (cuestión que ya se descartó) y propuso reparos contra ella, pero al final del documento, a la par de lo anterior y con los mismos razonamientos, pidió que se adicionara la decisión, pese a que el juzgado de primera instancia expresamente resolvió una solicitud en ese sentido, que propuso el mismo apoderado, con auto del auto del 7 de octubre de 2022[[10]](#footnote-10). Por ende, no es necesario profundizar en este punto.

**NO ES PROCEDENTE EXTENDER A FAVOR DEL DEMANDANTE LA**

 **ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL DE LOS SOLDADOS**

# VOLUNTARIOS INCORPORADOS COMO PROFESIONALES

1. Conforme lo expuso la Sala previamente, a pesar de lo extenso y reiterativo de la apelación, en realidad la inconformidad del recurrente frente a este punto reside en un aspecto central, que es la viabilidad de la equiparación salarial que pretende con base en la aplicación del principio de igualdad.

1. Según la parte actora, tanto los soldados profesionales, como los soldados voluntarios que se incorporaron como tal, se encuentran en la misma situación de hecho porque ostentan el mismo régimen y, por ende, el primer grupo no puede devengar una asignación salarial inferior a la del segundo, ya que esto se traduciría en una violación del principio de igualdad.

1. Al respecto, este Tribunal considera que estos grupos de trabajadores no se encuentran en la misma situación de hecho y, por ende, la diferenciación que efectúa el ordenamiento está justificada en criterios objetivos que respetan las disposiciones constitucionales.

1. La Ley 131 de 1985 creó la categoría de soldados voluntarios y los definió como aquellas personas que *“habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él”* (art. 2.º). Asimismo, dispuso que su remuneración mensual sería la siguiente:

*“(…)* ***ARTÍCULO 4º.*** *El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al* ***salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario****, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto. (…)”* (Negrilla fuera del texto original)

1. Más adelante, el Decreto-Ley 1793 de 2000 reemplazó dicha categoría por la de los soldados profesionales, entendiendo como tales *“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”* (art. 1.º). Además, esta norma con fuerza material de ley dejó en cabeza del Gobierno Nacional la expedición del régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, *“sin desmejorar los derechos adquiridos”* (art. 38).

1. Con fundamento en lo anterior, el Decreto 1794 de 2000 estableció lo siguiente frente a la asignación mensual de los soldados profesionales:

*“(…)* ***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 parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán* ***un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)****. (…)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. En este orden de ideas, el decreto en comento efectivamente establece una diferenciación salarial entre los soldados profesionales y los soldados voluntarios que se incorporaron como tal, pues los primeros devengan una asignación salarial mensual inferior a la de los segundos en un 20 %.

1. Pero este solo hecho no es suficiente para hablar de un trato discriminatorio. Para identificar si esa conducta es contraria a la Constitución, resulta necesario acudir al juicio integrado de igualdad.

1. La Corte Constitucional ha explicado que aquel corresponde a una aproximación jurisprudencial nacional que reúne las características (i) del juicio de proporcionalidad que emplea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y algunos tribunales constitucionales europeos, y (ii) del test de igualdad que desarrolló la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos[[11]](#footnote-11). De acuerdo con el alto tribunal, la metodología del juicio integrado de igualdad es la siguiente:

*“(…) 6.5.2. El* ***juicio integrado de igualdad*** *se compone entonces de dos etapas de análisis.* ***En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza****. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.*

*Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios (…)”[[12]](#footnote-12)* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. En este orden de ideas, la primera etapa del juicio de igualdad, que determina su procedencia o no, consiste en establecer el *criterio de comparación* o, dicho de otra forma, si las personas o situaciones son equiparables. Esto por cuanto

*“‘la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio’, al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida”[[13]](#footnote-13)*.

1. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala comparte el criterio de la sentencia de primera instancia, pues los dos grupos de trabajadores no se encuentran ubicados en supuestos de hecho susceptibles de compararse en lo que tiene que ver con su asignación salarial mensual.

1. Los soldados voluntarios tenían derecho a percibir una remuneración equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60 % (a título de bonificación), de acuerdo con la norma vigente al momento de su vinculación. Por eso, aunque el Gobierno Nacional pretendió profesionalizar sus servicios, previó que ese derecho no podía desconocerse, aunque, en general, las condiciones prestacionales de la nueva categoría mejoraran en su conjunto.

1. Los soldados profesionales que se vincularon cuando la Ley 131 de 1985 ya regía no tienen ese derecho y ni siquiera una expectativa de una remuneración superior, porque nunca se beneficiaron de ella. Este punto es de suma relevancia, pues lo que persiguió la regulación fue impedir una desmejora de las condiciones que ya ostentaban quienes prestaban sus servicios cuando entró en vigor el nuevo régimen salarial y prestacional.

1. Además, no puede perderse de vista que ese 20 % adicional constituye una medida transitoria que, por consiguiente, no tiene vocación de permanencia ni universalidad, pues desaparecerá una vez se retire del servicio el último soldado voluntario que se hubiera incorporado como profesional.

1. Todo lo antedicho lleva a concluir que el Gobierno Nacional partió de un criterio de diferenciación de carácter objetivo, cuyo propósito era evitar que en la transición entre el régimen de los soldados voluntarios y el de los profesionales los primeros vieran afectados sus derechos laborales.

1. En este sentido, es cierto que actualmente todos los soldados profesionales, hubieran servido como voluntarios o no, cuentan con el mismo régimen laboral, incluyendo las funciones y características del empleo. Es más, esta situación tiene origen en las normas superiores, así que los testimonios que se recibieron dentro del proceso se traducen en pruebas superfluas e innecesarias, que no aportan nada nuevo a lo que se desprende de la ley y el reglamento.

1. Sin embargo, quienes no fueron voluntarios no pueden afirmar que su asignación salarial mensual se redujo en un 20 %, (que es lo que evitó Decreto 1794 de 2000 con la diferenciación que reprocha el demandante) porque su remuneración siempre ha sido la misma: un salario mínimo incrementado en un 40 %.

1. Entonces, la argumentación de la parte demandante examina la situación a la luz de una perspectiva incorrecta. No es que la remuneración que deben devengar todos los soldados profesionales debe ser la equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60 %. La lógica correcta es que todos los soldados profesionales deben percibir una asignación mensual correspondiente a una un salario mínimo incrementado en un 40 %, pero con una excepción que surge de la obligación de respetar los derechos adquiridos por los soldados antiguos (voluntarios). En otros términos, no se trata de una discriminación negativa en contra de los soldados que se vincularon en vigencia del Decreto-Ley 1793 de 2000, sino de una diferenciación positiva a favor de los soldados voluntarios que se incorporaron al nuevo régimen.

1. Incluso, debe decirse que, si se admitiera la tesis del demandante, la diferenciación salarial dejaría de ser transitoria y excepcional, como es su naturaleza, pues todos los soldados profesionales podrían alegar que existen o existieron pares que devengan una asignación salarial mayor o lo hicieron antes y, por ende, podrían reclamar su equiparación, en contravía del diseño normativo vigente.

1. Por consiguiente, las situaciones diferenciadas que prevé el artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 no desconocen el principio de igualdad ni los derechos laborales que enuncia el artículo 53 de la Constitución; al contrario, materializan el mandato relativo a la protección de los derechos adquiridos. Y, en esa línea, mal puede aseverarse que la diferenciación vulnera el principio *“a trabajo igual, salario igual”*, toda vez que este mandato de optimización, debido a que se deriva del principio de igualdad, también admite tratos diferentes que se basen en criterios objetivos:

*“(…) Del segundo de estos requisitos –justicia–* [trabajo en condiciones justas] *se desprende el principio ‘a trabajo igual, salario igual’. Éste corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo. Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias. Así pues, quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta.*

***No obstante lo anterior, no toda desigualdad salarial entre sujetos que ostentan las mismas características constituye una vulneración de la Constitución, pues un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio y, en esta medida, es reprochado cuando no obedece a causas objetivas y/o razonables. El trato desigual que está fundamentado en criterios constitucionalmente válidos es conforme a la Carta y, por ende, está permitido****. (…)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Así las cosas, aun cuando la sentencia de unificación del 25 de agosto de

2016[[14]](#footnote-14) no abordara el asunto a partir del principio de igualdad, sino del de favorabilidad y el respeto de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, sus conclusiones son aplicables a este caso, además de que cuentan con carácter vinculante para las autoridades administrativas y judiciales.

1. Ahora bien, el apoderado de la parte accionante cuestiona la supuesta invocación del principio de inescindibilidad normativa, pero la sentencia de primera instancia no lo incluyó en su argumentación, por lo que no hay lugar a pronunciarse sobre este razonamiento.

1. Y, por otra parte, el recurso sostiene que la fecha de vinculación al cargo no constituye un parámetro objetivo de diferenciación, debido a que así lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia T-097 de 2006. No obstante, esta afirmación corresponde a una lectura descontextualizada de la providencia.

1. En la sentencia en comento, el alto tribunal reprochó que en ese proceso la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial justificara una diferenciación salarial respecto de personas que se encontraban en un mismo cargo, con fundamento en su fecha de vinculación y tomando como referencia la expedición de un decreto que solo buscaba terminar anticipadamente ciertas reclamaciones laborales. Así lo explica la providencia:

*“(…) Como se dijo, con la expedición del Decreto 4040 se pretendió poner fin a una controversia jurídica surgida precisamente a raíz de la expedición de un acto administrativo que reconocía la bonificación por compensación para determinados servidores de la Rama Judicial y, por ello, se reconoció la existencia de un derecho a quienes se encontraban en las situaciones de hecho señaladas en el Decreto 4040. Pero eso no significa que mediante el mismo se haya autorizado el establecimiento de diferencias para efectos de la remuneración de servidores públicos de la Rama Judicial, ni que para amparar derechos adquiridos de quienes ocupaban determinados cargos con anterioridad a la expedición del decreto se pueda establecer una diferencia de trato respecto de servidores que ocupan los mismos empleos. (…)”* (Subraya fuera del texto original)

1. Según se observa, la Corte Constitucional no afirmó que en ningún caso la fecha de vinculación de un servidor podía tomarse como un criterio objetivo de diferenciación, sino que explicó que para ese caso específico no lo era, porque el sustento normativo de esa premisa (D. 4040/2004) no establecía esa consecuencia; cuestión evidentemente opuesta a lo que ocurre en el caso de los soldados profesionales.

1. En este orden de ideas, los cargos que formuló el demandante acerca de este concepto no prosperan.

**EL DEMANDANTE, EN SU CALIDAD DE SOLDADO VOLUNTARIO, NO**

# TIENE DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD

1. Similar al anterior punto, la parte demandante considera que debe equipararse a los soldados profesionales con los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional en lo atinente a la prima de actividad. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado considera que la diferenciación es constitucionalmente legítima y, por ende, los soldados profesionales, como el actor, no tienen derecho a este emolumento.

1. Al respecto, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 prevé que *“[l]os Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico”*. Cabe anotar que el Gobierno Nacional incrementó el porcentaje en comento desde el año 2007 y actualmente corresponde al 49.5 % del respectivo sueldo básico (D. 466/2022).

1. Por su parte, el Decreto 1794 de 2000, que, como se dijo, establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, no contempla la prima de actividad como uno de los conceptos a los que tiene derecho este personal.

1. Ahora bien, partiendo de esta situación, al resolver un cargo de apelación con el mismo contenido que el que propone la parte demandante, el Consejo de Estado recientemente sostuvo que este trato diferenciado no es discriminatorio ni contraría el principio de progresividad, pues los grupos de trabajadores no se encuentran en el mismo plano de igualdad y esa distinción tiene como fundamento parámetros objetivos:

*“(…) -* ***La comparación solicitada*** [juicio de igualdad] ***en el sub lite no es procedente, habida cuenta de que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, los cuales pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta****. En efecto, los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes.*

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

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

*Obsérvese que los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores prudentes que el mismo legislador ha previsto dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se requieren calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica entonces la distinción salarial.*

* + *Igualmente y de acuerdo con lo regulado en el artículo 2.º de la Ley 4ª de 1992, debe tenerse en cuenta que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades. Es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones.*

*Así, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.*

* + *Aunado a ello, se tiene que la prima de actividad se previó como una prestación a favor de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, que posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, sin que con la misma se pretenda cubrir una condición especial a los beneficiarios de aquella, como, por ejemplo, ocurre en el caso del subsidio familiar.*

***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. (…)”[[15]](#footnote-15)* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Las anteriores razones, que el Tribunal comparte plenamente, son suficientes para considerar inviable la realización de un juicio de igualdad, máxime cuando la jurisprudencia traída a colación constituye precedente aplicable a este asunto en específico.

1. Finalmente, la Sala resalta que en este caso no puede predicarse la existencia de una presunción de discriminación, como lo señala la parte actora. Al contrario, el reglamento que expidió el Gobierno Nacional se presume legal en los términos del artículo 88 del CPACA[[16]](#footnote-16) y a quien le corresponde desvirtuar esta figura es a quien considera que cuenta con un vicio de ilegalidad. Lo anterior, teniendo en cuenta además que se trata de disposiciones generales, abstractas e impersonales que siguen la lógica de la organización integral de los regímenes de los diferentes grupos de trabajadores que prestan sus servicios a la institución castrense; así que no es una medida puntual ni discrecional de la entidad nominadora.

1. Por ende, la calificación que efectúa el demandante sobre la creación de un supuesto trato discriminatorio no hace que el juez, por la sola percepción del interesado, deba acceder a las pretensiones de la demanda, incluso en contravía del diseño normativo del emolumento y de la valoración que de su legalidad ha realizado el órgano de cierre de esa jurisdicción.

1. Por lo tanto, los cargos que enfiló la parte actora frente a este concepto tampoco prosperan.

**EL DEMANDANTE TIENE DERECHO AL RECONOCIMIENTO DEL**

**SUBSIDIO FAMILIAR DE ACUERDO CON EL DECRETO 1794 DE 2000**

1. Este es el único punto en el que ambas partes atacan la sentencia. Por un lado, la entidad accionada sostiene que el demandante no devengó el subsidio familiar en vigencia del Decreto 1794 de 2000 ni cumplió en ella los requisitos necesarios para su reconocimiento y, además, que consolidó su situación luego de la expedición del Decreto 1161 de 2014. La Sala considera innecesario profundizar en el argumento relativo a que el subsidio familiar no es una partida computable para efectos prestacionales (principalmente, para la liquidación de la asignación de retiro), pues se trata de un cargo evidentemente incongruente.

1. Por otro lado, la parte actora señala que los efectos fiscales de este concepto deben computarse desde el 3 de octubre de 2009, debido a que la obligación solo se hizo exigible con la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 1161 de 2014.

1. Al respecto, como lo explicó la sentencia de primera instancia, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 estableció el subsidio familiar a favor de los soldados profesionales, como sigue:

*“(…)* ***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. (…)”*

1. El Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 derogó expresamente el anterior artículo, pero dejó a salvo los derechos adquiridos de los soldados que estaban percibiendo la prestación, así:

*“(…)* ***ARTÍCULO 1°.*** *Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.*

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

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

1. Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, con el cual volvió a crear el subsidio familiar para los soldados profesionales:

*“(…)* ***ARTÍCULO 1°. SUBSIDIO FAMILIAR PARA SOLDADOS PROFESIONALES E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.*** *Créase, a partir del 1° de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así: (…)*

***PARÁGRAFO 1°.*** *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.*

***PARÁGRAFO 2°.*** *Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1° de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.*

***PARÁGRAFO 3°.*** *Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto. (…)”* (Subraya fuera del texto original)

1. Sin embargo, en virtud de una demanda de simple nulidad, el 8 de junio de 2017 la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto derogatorio (D. 3770/2009), con efectos hacia el pasado (*ex tunc*)[[17]](#footnote-17). Esta providencia fue objeto de solicitudes de aclaración y adición, principalmente en lo que tiene que ver con los efectos de la sentencia, las cuales fueron resueltas con providencia del 8 de septiembre de 2017, con la siguiente precisión relevante:

*“(…) 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’.*

*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. (…)”* (Negrilla fuera del texto original)

1. En este contexto, a los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon la existencia de una unión marital de hecho antes del 30 de septiembre de 2009 les aplica el Decreto 1794 de 2000, debido a que en ese momento estaba vigente indiscutiblemente. Asimismo, quienes consolidaron el derecho después del 1.º de julio de 2014 quedaron cobijados por el Decreto 1161 de 2014, porque, como lo indicó el Consejo de Estado, continúa vigente.

1. Aunque entre esas dos fechas en principio no existió ninguna disposición en el ordenamiento que contemplara un subsidio familiar a favor de los soldados profesionales, la nulidad del decreto derogatorio revivió los efectos del Decreto 1794 de 2000, con lo cual se llenó el vacío que afectaba a quienes vieron frustrada la expectativa legítima que pudo consolidarse dentro de ese periodo.

1. Pese a que esta premisa parece clara, en la práctica ha generado varias interpretaciones, que principalmente giran en torno al factor determinante que permite entender consolidado el derecho y, de forma secundaria, a la forma como debe computarse el fenómeno de la prescripción.

1. Frente al primer aspecto, el Consejo de Estado ha conocido procesos en sede de tutela con soluciones diversas y en su gran mayoría ha negado o declarado improcedentes las acciones respectivas, luego de verificar que el juez ordinario desplegara un ejercicio razonable de argumentación.

1. En este sentido, por ejemplo, ha considerado válidas las interpretaciones que consideran que la consolidación del derecho requiere no solo la prueba del matrimonio o la unión marital de hecho, sino también de que se solicitara su reconocimiento ante el Ejército Nacional (este Tribunal en tres oportunidades ha acogido la anterior posición[[18]](#footnote-18)):

*“(…) En este orden de ideas, la Sala considera que la sentencia de 7 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, no incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo, pues la decisión de revocar la providencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en el proceso que en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el aquí accionante contra la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional; estuvo soportada en un estudio razonable de los hechos, la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso concreto, lo que le permitió concluir que* ***si bien cumplía con el requisito de ser casado y encontrarse activo antes de la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, no acreditó la exigencia de haber reportado el cambio de estado civil a partir de su inicio****, lo que conllevó a adoptar la decisión que hoy se cuestiona y que obedece al ejercicio de la labor judicial. (…)”[[19]](#footnote-19)* (Negrilla fuera del texto original)

1. Por otra parte, las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado se han inclinado a considerar que la negación del derecho en estos casos configura un defecto sustantivo, pues desconoce los efectos retroactivos (*ex tunc*) de la sentencia que anuló el decreto derogatorio. En estos eventos, el alto tribunal ha sostenido que el juez debe tener en cuenta que los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon una unión marital de hecho en el interregno en el que no existía el subsidio familiar, no podían solicitar al Ejército Nacional el reconocimiento del derecho por esa misma circunstancia:

*“(…) 63. Por tanto, la Sala no encuentra razonable que la autoridad cuestionada señalara que no procedía el reconocimiento a partir de la fecha en la que el actor cambió su estado civil al de unión marital de hecho. Ello, precisamente porque solo hasta que cobró ejecutoria la providencia del 8 de junio de 2017, era que el demandante podía solicitar la reliquidación de su subsidio familiar, inicialmente reconocido en los términos del artículo 1 del Decreto 1161 de 2014, bajo el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.*

* + 1. *Esto, a su vez, teniendo en cuenta que la declaración de la unión marital de hecho, en virtud de los efectos que le otorgó la sentencia del 8 de junio de 2017 al Decreto 1794 de 2000, implicaba que el actor tuviese derecho al reconocimiento que refiere esta norma desde el momento en que cambió su estado civil, esto es, a partir de la declaración extrajuicio que se llevó a cabo el 6 de abril de 2010. Es decir, antes del 1° de julio de 2014, fecha en la que se creó nuevamente el subsidio familiar con el Decreto 1161 de 2014.*

* + 1. ***No obstante, como ya lo ha puesto de presente la Sala, el actor no solicitó el reconocimiento de su subsidio conforme al Decreto 1794 de 2000 porque para el 6 de abril de 2010 – fecha en la que manifestó mediante declaración extrajuicio que su estado civil era el de unión marital de hecho - este había sido extraído de la vida jurídica.*** *(…)”[[20]](#footnote-20)* (Negrilla fuera del texto original)

1. Incluso, vale la pena agregar que pueden encontrarse casos (incluyendo uno que examinó una sentencia que profirió esta Corporación desestimando las pretensiones de la demanda) en los que el Consejo de Estado expresamente señala que su análisis no se refiere a la validez jurídica de la posición que asumió el juez ordinario, sino a que esta fuera razonablemente argumentada:

*“(…) No es de recibo el argumento de la impugnación de que el tribunal estuviese obligado a aplicar sentencias proferidas por algunas secciones de esta Corporación, que, en sede de tutela, han amparado los derechos fundamentales de otras personas, al parecer, en similar situación del demandante. De un lado, porque dichas providencias tienen efectos inter partes; de otro, porque no son sentencias de unificación o que constituyan un precedente. De hecho, existen posiciones discrepantes al interior del Consejo de Estado e, incluso, en sentido contrario a las propuestas en la impugnación, y que también fueron relacionadas en la sentencia objeto de tutela.*

***Se insiste: compártanse o no los argumentos y la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, y aunque fuera cuestionable desde el punto de vista legal, la Sala no puede adentrarse en un juicio de corrección de una labor que es propia del juez ordinario****, máxime si no se pone ante el juez constitucional un debate que revele o genere dudas sobre su disconformidad con la carta política. (…)”22* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Ante la ausencia de una posición pacífica o unificada en el Consejo de Estado sobre este tema, esta Sala de Decisión acoge el criterio según el cual la consolidación del derecho, en los casos en los que el matrimonio o la declaración de la unión marital de hecho ocurren entre el 30 de septiembre de 2009 y el 30 de junio de 2014, no requiere de la verificación adicional de la fecha en que el interesado reclamó el reconocimiento del subsidio familiar al Ejército Nacional.

1. Lo anterior con base en tres argumentos esenciales. Primero, en virtud de los efectos retroactivos de la sentencia que anuló el decreto derogatorio, los cuales están llamados a llenar el vacío regulatorio que se generó en ese periodo y, en ese sentido, a beneficiar a quienes contaban con una expectativa legítima. Por lo tanto, jurídicamente se entiende que el Decreto 1794 de 2000 estuvo plenamente vigente durante ese lapso.

1. Segundo, porque, como lo advierten las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado, la exigencia relativa a radicar la reclamación del derecho antes del 1.º de julio de 2014 es irrazonable, pues en el interregno en comento no existía ninguna norma que permitiera a los soldados profesionales acceder al subsidio familiar, lo cual solo ocurrió con el Decreto 1161 de 2014.

1. Asumir que en estos escenarios el derecho solo se consolida al momento de la reclamación equivaldría a ignorar que entre el 30 de septiembre de 2009 y el 30 de junio de 2014 los soldados profesionales no tenían ninguna razón para informar al Ejército Nacional su cambio de estado civil y mucho menos para reclamar el reconocimiento de un subsidio familiar, pues el Gobierno Nacional ya había eliminado y, por consiguiente, su petición carecería de fundamento normativo.

1. Y, tercero, mientras que el Decreto 1161 de 2014 expresamente señala

que *“el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud”*, el Decreto 1794 de 2000 simplemente manifiesta que *“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”*.

1. Entonces, la nueva norma establece que la fecha de la solicitud es determinante para la consolidación del derecho, al punto que solo desde ese momento comienzan los efectos fiscales de la prestación, pero esa precisión no aparece ni es predicable de la norma anterior, la cual solo aclara que, para efectos del reconocimiento del subsidio familiar, el interesado debe informar el cambio de estado civil a la entidad.

1. Con este criterio la Sala de Decisión rectifica el entendimiento con el que abordó casos similares en anteriores oportunidades.

1. Ahora bien, en este proceso se probó que el señor Ronal Andrés Guerrero Ceballos contrajo matrimonio el 3 de octubre de 2009[[21]](#footnote-21), es decir, después de la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, pero antes de la expedición del Decreto 1161 de 2014. El 14 de enero de 2015 el accionante informó el cambio de su estado civil y el Ejército Nacional reconoció a su favor el subsidio familiar con base en el aludido Decreto 1161 de 2014, a través de la Orden Administrativa de Personal EJC 1459 del 30 de abril de 2015[[22]](#footnote-22).

1. Así las cosas, de conformidad con el análisis que acaba de efectuarse, el señor Ronal Andrés Guerrero Ceballos tiene derecho a que el reconocimiento y pago del subsidio familiar se lleve a cabo con los parámetros del Decreto 1794 de 2000, pues consolidó su derecho en el interregno del vacío regulatorio que se llenó gracias a los efectos de la sentencia de nulidad que emitió el Consejo de Estado.

1. No obstante, esta conclusión lleva a una nueva complejidad, que corresponde a la forma como debe computarse la prescripción. Volviendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sala advierte que el alto tribunal, bajo la lógica que se relató previamente, ha considerado razonablemente argumentadas las siguientes posiciones:

* 1. Tesis 1: Sin que sea necesario abordar el fenómeno, el reconocimiento del derecho debe cobijar únicamente el periodo comprendido entre la fecha del matrimonio o declaración de la unión marital de hecho y la de expedición del Decreto 1161 de 2014, pues desde este último instante la prestación quedó gobernada por una nueva regulación[[23]](#footnote-23).

* 1. Tesis 2: Los efectos fiscales de la reliquidación del subsidio familiar solo se surten desde el 8 de junio de 2017, que fue la fecha de expedición de la sentencia que anuló el decreto derogatorio. Por ende, la prescripción podría afectar sumas que se causaron después de esa fecha y que superen el plazo extintivo correspondiente[[24]](#footnote-24) (esta fue la postura que aplicó la sentencia de primera instancia).

* 1. Tesis 3: La prescripción debe computarse como se hace habitualmente, es decir, teniendo como referencia la fecha de radicación de la reclamación administrativa y con un plazo de tres años[[25]](#footnote-25).

1. Adicionalmente, el recurso de apelación de la parte demandante señala que el periodo comprendido entre la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y la expedición de la sentencia que anuló el decreto derogatorio no debe tenerse en cuenta para efectos de la prescripción, lo que conllevaría en este caso a no declararla y, por lo tanto, que los efectos fiscales de la decisión operen desde el 3 de octubre de 2009.

1. Ante estas discrepancias, en criterio de la Sala la posición más razonable y que mejor se adecúa a las exigencias normativas es la tercera, la cual implica el estudio de la prescripción trienal de forma ordinaria.

1. La primera tesis no es aplicable porque no tiene en cuenta que el Decreto 1161 de 2014 expresamente preceptúa que su contenido solo cobija a los soldados profesionales *“que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009”*. Por consiguiente, si el derecho se consolidó en vigencia del Decreto 1794 de 2000, es esa la disposición que regula la situación y mal podría efectuarse un corte para que la prestación se liquide primero con la norma anterior y luego con la nueva, con la consecuente limitación de los efectos económicos de la reliquidación.

1. Por otra parte, considerar que los efectos fiscales de la reliquidación inician únicamente desde la expedición o publicación de la sentencia que anuló el decreto derogatorio obvia que sus efectos se extendieron hacia el pasado. Sin embargo, esa retroactividad no puede significar automáticamente que el derecho se reconozca desde su nacimiento, sin importar el paso del tiempo.

1. De acuerdo con la jurisprudencia[[26]](#footnote-26), la norma que regula la prescripción para estos asuntos es el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, debido a que el Decreto 1794 de 2000 no desarrolla la materia, el Decreto 4433 de 2004 se refiere únicamente a este fenómeno respecto de las asignaciones de retiro y pensiones y el Decreto 1211 de 1990, que trajo a colación la contestación de la demanda, trata el régimen de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

1. La codificación laboral establece que el cómputo debe efectuarse desde que la obligación se hace exigible y se interrumpe por una sola vez con el reclamo del trabajador[[27]](#footnote-27). En ese sentido, los efectos retroactivos de la sentencia que anuló el decreto derogatorio se traducen en que el derecho se hizo exigible desde la fecha en la que el actor contrajo matrimonio (3 de octubre de 2009), pues implican que jurídicamente el Decreto 1794 de 2000 nunca fue retirado del ordenamiento.

1. Además, el actor presentó su reclamación el 5 de octubre de 2018[[28]](#footnote-28) y no podría asumirse que, hipotéticamente, de no haberse expedido el Decreto 3770 de 2009, el interesado hubiera pedido el reconocimiento del derecho anticipadamente o siquiera en una fecha concreta.

1. Entonces, el momento cierto en el que el accionante interrumpió el fenómeno es el 5 de octubre de 2018 y luego formuló la demanda el 12 de agosto de 2019[[29]](#footnote-29), de modo que no permitió su reanudación. En consecuencia, los efectos fiscales de la reliquidación que se ordena judicialmente cobijan los 3 años anteriores a la solicitud en comento, es decir, corren desde el 5 de octubre de 2015.

1. Finalmente, debe aclararse que, debido a la connotación periódica de la prestación bajo examen, el medio de control no debe atender un término de caducidad (al menos, mientras el soldado se encontraba en servicio activo), así que no puede afirmarse que el actor pretendió revivir términos. Por la misma razón no era indispensable que el demandante atacara el acto que reconoció la prestación, pues no configura una unidad jurídica con el acto acusado, más aún cuando lo que lo habilitó para solicitar la reliquidación en sede administrativa –se insiste– fue la sentencia que dictó el Consejo de Estado en el año 2017.

1. De acuerdo con todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada, a excepción de sus numerales 3.º y 4.º, los cuales se modificarán para precisar los efectos fiscales que acaban de mencionarse, junto con el deber de descontar las cotizaciones que correspondan al afiliado con destino al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (art. 36 D. 1795/2000)[[30]](#footnote-30). Además, adicionará dos numerales, uno para declarar probada la excepción de prescripción y otro para declarar la ineptitud de la pretensión subsidiaria, conforme se explicó en el acápite de cuestión previa.

# COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

**150.** De acuerdo con el artículo 188 del CPACA (adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021), en concordancia con los numerales 1.º y 8.º del artículo 365 del CGP, no se dictará condena en costas en esta instancia al no evidenciarse su causación y en la medida que la demanda no careció de sustento legal pues, de hecho, prosperó parcialmente[[31]](#footnote-31).

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: ADICIONAR** dos numerales a la sentencia de primera instancia, que serán los siguientes:

1. ***DECLARAR*** *probada de oficio la excepción de ineptitud de la demanda respecto de las pretensiones declarativas subsidiarias que formuló la parte demandante, de conformidad con lo señalado en esta sentencia.*

1. ***DECLARAR*** *probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias causadas antes del 5 de octubre de 2015 por concepto de subsidio familiar, de acuerdo con el análisis que efectúa esta providencia.*

**SEGUNDO: MODIFICAR** los numerales 3.º y 4.º del fallo apelado, los cuales quedarán así:

***TERCERO.- CONDENAR*** *a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –*

*EJÉRCITO NACIONAL, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar el subsidio familiar del señor RONAL ANDRÉS GUERRERO CEBALLOS, identificado con c. c. 93.437.888, a partir del* ***5 de octubre de 2015****, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000.*

***CUARTO.- ORDENAR*** *a la* ***NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL*** *a* ***pagar*** *las diferencias causadas entre lo sufragado y lo que debió pagarse por concepto de subsidio familiar,* ***con efectos fiscales a partir 5 de octubre de 2015,*** *dado que operó el fenómeno prescriptivo.*

*La entidad deberá descontar las cotizaciones que correspondan al afiliado con destino al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 1795 de 2000.*

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 9 de junio de 2022, mediante la cual el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

**CUARTO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**QUINTO:** Por secretaría, remítase copia de la presente providencia a la ANDJE, de conformidad con lo indicado en el inciso final del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

**SEXTO:** Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al despacho de origen, previo registro en el sistema Samai.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado**

*Firmado electrónicamente*

**DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

**Magistrado (E)**

*Firmado electrónicamente*

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

**Magistrado**

**Constancia:** La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma Samai por los magistrados que integran la Sala de Decisión. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

1. Archivo *“3\_EXPEDIENTEDIGITAL\_2019219”*. [↑](#footnote-ref-1)
2. Archivo *“03ContestacionDemandaCorreos”*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Archivo 29 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-3)
4. Archivo 35 sdel expediente electrónico. 5 Archivo 36 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-4)
5. Archivo 33 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-5)
6. Archivo 39 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-6)
7. Anotación 4 Samai (segunda instancia). [↑](#footnote-ref-7)
8. López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso - Parte General*. Bogotá: Dupré Editores, 2017, p. 911. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver, por ejemplo: C.E., Sec. Tercera, Sent. 2018-00159 (62474), jul. 30/2021. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. [↑](#footnote-ref-9)
10. Archivo 35 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-10)
11. C. Const., Sent. C-104, mar. 2/2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-13)
14. C.E., Sec. Segunda, Sent. Unificación 2013-00060 (3420-15) – CE-SUJ2-003-16, ago. 25/2016. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez: *“(…)* ***Reglas jurisprudenciales*** *// En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto: //* ***Primero.*** *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,103 la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%. (…)”* (Resaltado del texto original) [↑](#footnote-ref-14)
15. C.E., Sec. Segunda, Sent. 2017-00665 (5170-19), jun. 24/2021. M.P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-15)
16. *“(…)* ***ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.*** *Los*

*actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar. (…)”*  [↑](#footnote-ref-16)
17. C.E., Sec. Segunda, Sent. 2010-00065 (0686-10), jun. 8/2017. M.P. César Palomino Cortés. [↑](#footnote-ref-17)
18. TAB, Sala de Decisión 2, Sent. 2019-00019, jul. 28/2021. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana; TAB, Sala de Decisión 4, Sent. 2019-00056, jun. 22/2022. M.P. José Ascención Fernández Osorio; y TAB, Sala de Decisión 2, Sent. 2019-00167, jul. 13/2022. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana. [↑](#footnote-ref-18)
19. C.E., Sec. Segunda, Sent. 2023-00787, mar. 21/2023. M.P. César Palomino Cortés. [↑](#footnote-ref-19)
20. C.E., Sec. Quinta, Sent. 2022-05672, nov. 24/2022. M.P. Pedro Pablo Vanegas Gil. 22 C.E., Sec. Tercera, Sent. 2022-00760, jul. 1.º/2022. M.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-20)
21. Archivo 19 del expediente electrónico, p. 15. [↑](#footnote-ref-21)
22. Archivo 19 del expediente electrónico, pp. 9-14. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ver, por ejemplo: C.E., Sec. Segunda, Sent. 2021-03220 (AC), oct. 28/2021. M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ver, por ejemplo: C.E., Sec. Tercera, Sent. 2022-06392, mar. 17/2023. M.P. Guillermo Sánchez Luque. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver, por ejemplo: C.E., Sec. Segunda, Sent. 2021-03688 (AC), sep. 28/2021. M.P. César Palomino Cortés. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ver, por ejemplo: C.E., Sec. Tercera, Sent. 2022-01166, may. 25/2022. M.P. Martín Bermúdez Muñoz: *“(…) 12.1.- La Sala observa que si bien el Decreto 1794 de 2000 no estableció un término de prescripción para el subsidio familiar y que el Decreto 4433 de 2004 no se refirió a ese asunto, lo cierto es que el reparo elevado por el accionante no es determinante para la decisión y no altera de forma alguna la conclusión a la que llegó el tribunal. // 12.2.- Cabe señalar que el accionante no indicó la norma que, en su concepto, debió aplicarse en lugar del Decreto 4433 de 2004. De todas formas, ante la falta de una norma especial, debe aplicarse la regla general en materia de derechos laborales, prevista en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en virtud del cual el término de prescripción es de tres años, que se interrumpen ante la solicitud del derecho. Por lo tanto, dado que en este caso la prescripción es trienal, en nada afecta a la decisión el hecho de que el tribunal se valiera de lo previsto en el Decreto 4433 de 2004 para declararla, pues esta también dispone de un término de tres años de prescripción. (…)”*  [↑](#footnote-ref-26)
27. *“(…)* ***ARTÍCULO 151. PRESCRIPCIÓN.*** *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.*

*(…)”*  [↑](#footnote-ref-27)
28. Archivo 1 del expediente electrónico, p. 55. [↑](#footnote-ref-28)
29. Archivo 1 del expediente electrónico, p. 69. [↑](#footnote-ref-29)
30. *“(…)* ***ARTÍCULO 36. COTIZACIONES.*** *La cotización al SSMP* [Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional] *para los afiliados sometidos al régimen de cotización de que trata el literal a) del Artículo 23 será del doce (12%) mensual calculado sobre el ingreso base. El cuatro (4%) estará a cargo del afiliado y el ocho (8%) restante a cargo del Estado como aporte patronal el cual se girará a través de las entidades responsables de que trata el Artículo 26 de este Decreto. //* ***PARÁGRAFO 1o.*** *Se entiende por ingreso base el sueldo básico adicionado con el subsidio familiar en el caso del personal militar en servicio activo, del personal uniformado y no uniformado de la Policía Nacional y el personal civil; la asignación de retiro para el personal en goce de asignación de retiro o beneficiario de asignación de retiro; la pensión para los pensionados y los beneficiarios de pensión; y la bonificación mensual para los soldados voluntarios y el salario mensual para los soldados profesionales. (…)”*  [↑](#footnote-ref-30)
31. Sobre los criterios para disponer sobre la condena en costas, ver, por ejemplo: TAB, Sent. 2018-00229, mar. 8/2022. M.P. José Fernández Osorio, entre otras. [↑](#footnote-ref-31)