



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, diez (10) de mayo del año dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 15759333300220200009500
Demandante: Javier Alexander Lemus Chaparro
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor Javier Alexander Lemus Chaparro, por intermedio de apoderado, pretende se declare la nulidad de los siguientes actos administrativo

- Acto administrativo ficto negativo derivado de la petición radicada el 22 de febrero de 2018 a través del cual se negó el reajuste de la asignación básica
- Oficio 20183111732021:MDNCGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de fecha septiembre 12 de 2018 por medio del cual se negó el reconocimiento del subsidio familiar.

Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la demandada el reconocimiento y pago del reajuste del 20% de la asignación básica y además se reconozca el subsidio familiar con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En forma subsidiaria se inaplique por inconstitucional los actos demandados, para que en su lugar aplicar los artículos 13, 25, 53 y 209 de la Constitución Política, de acuerdo con el concepto de violación.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma (*archivo 01*):

Señala la demanda que el señor JAVIER ALEXANDER LEMUS CHAPARRO es Soldado Profesional del Ejército Nacional de Colombia, incorporado al régimen de carrera y Estatuto del personal de Soldados Profesionales de la Fuerzas Militares del Decreto ley 1793 del año 2000, en calidad de soldado nuevo, sin haber sido Soldado Voluntario.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Explica que el salario básico establecido para los Soldados Profesionales que fueron voluntarios, está conformado por un salario mínimo legal mensual vigente SMLMV incrementado en un 60%, mientras que el salario básico establecido para los Soldados Profesionales que no fueron voluntarios está conformado por un SMLMV incrementado en un 40%, a pesar de que ejecutan las mismas funciones, encontrándose de esta manera una situación de discriminación salarial.

Adicionalmente indica que el accionante tiene derecho al reconocimiento del reajuste del subsidio familiar en mejores condiciones del que tiene reconocido al momento de presentar esta demanda.

Refiere que el día 22 de febrero de 2018 el señor JAVIER ALEXANDER LEMUS CHAPARRO solicitó al Ejército Nacional el reconocimiento de la diferencia salarial del 20% y el reajuste del subsidio familiar, la primera de las cuales no fue contestada, configurándose el silencio administrativo negativo y la segunda que le fue negada a través del oficio 20183111732021: MDNCGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de septiembre 12 de 2018.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden Constitucional: Artículos 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93, 94, 125, 217 de la Constitución Política.

Del bloque de constitucionalidad: Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículos 1, 2, 23 y 24; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 7; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, Artículo 24; Declaración Universal De Derechos Humanos, Artículo 7.

De orden Legal: Ley 1437 de 2011, artículo 134.

Argumenta que los Soldados Profesionales han venido siendo vulnerados desde siempre, en una serie de derechos entre ellos, la igualdad y el mínimo vital. En el caso de la diferencia salarial del 20% considera existe un desmedro y una grave violación del derecho a la igualdad y una evidente discriminación para aquellos Soldados Profesionales que no fueron Voluntarios respecto de quienes sí tuvieron dicha calidad y luego fueron incorporados como voluntarios, sin que se entienda cómo a través de una normativa que los reconoce como iguales, exista un trato discriminatorio en relación con el salario que unos u otros devengan, más aún cuando desempeñan las mismas funciones.

De otra parte, en lo que respecta al **subsidio familiar** expresa que ya sea por la vía de la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, condición más beneficiosa, *indubio pro-operario*, y demás principio afines, o por la vía del juicio de igualdad, el demandante tiene derecho a que el Despacho declare la nulidad del acto administrativo enjuiciado, y en cambio le sea reconocido con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Para sustentar la pretensión subsidiaria, en caso de que no prospere la nulidad de los actos administrativos, por encontrarse plenamente de acuerdo a las normas que debió tener como fundamento primigenio, solicita la inaplicación los mismos, y demás normas de inferior jerarquía de la Constitución, en su lugar se proceda a la aplicación de los artículos 13, 25, 53 y 209 de la Constitución, con base en el artículo 4 de la Carta Fundamental.

En suma, considera que le asiste a su poderdante el derecho a los emolumentos reclamados en aras de proteger el derecho a la igualdad (fls. 2 a 10 Arch. 002).

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional contestó a la demanda dentro de la oportunidad legal (Archivo 19), luego de referirse a los hechos de la demanda, solicita negar las pretensiones e indica que el demandante no tiene derecho al reajuste del 20% del salario, conforme a la sentencia de unificación calendada 25 de agosto de 2016, y emitida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente Sandra Lissette Ibarra Vélez, radicación CE-SUJ2- 85001-3333-002-2013-00060-01, que dispuso que los Soldados que hicieron tránsito de Voluntarios a Profesionales tenían el derecho de conservar la asignación básica correspondiente a un (01) salario mínimo mensual vigente aumentado en un 60%, bajo unos presupuestos puntuales, los cuales no cumple el accionante al no haber ostentado dicha calidad.

Explica que, en lo que refiere al *subsidio familiar*, el demandante no cumple con el presupuesto del Decreto 4433 de 2004, y agrega que el mismo, le fue reconocido con fundamento en el Decreto 1161 de julio de 2014, por lo que no es procedente su reliquidación.

Propone la excepción de *prescripción del derecho* (Decreto 1211 de 1990).

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada el 13 de octubre de 2020, como indica el acta de reparto (Archivo 01) y mediante auto del 25 de enero de 2021 (Archivo 08) se admitió el medio de control

Mediante proveído del 15 de junio de 2021 (Archivo 27) se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, la que se realizó el 28 de julio de 2021, en cuyo marco se surtieron las etapas señaladas en artículo 180 del CPACA. (Archivo 31).

El 9 de septiembre de 2021 se desarrolló la audiencia de pruebas (Archivo 42), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rinda concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** presenta alegaciones finales (archivo 43), en las que explica que en el presente asunto no resulta aplicable la sentencia de Unificación del Consejo de Estado en materia de la diferencia salarial del 20%, toda vez que los hechos que se le presentan al Despacho, así como los cargos de nulidad o de excepción de inconstitucionalidad son totalmente diferentes, es decir, ni los hechos de la demanda, ni la *ratio* de la sentencia de unificación, son los mismos que se plantean en este proceso.

Sustenta las pretensiones principales y de las subsidiarias a la demanda, resaltando que el acto administrativo acusado es violatorio del derecho fundamental de la igualdad en cabeza de su poderdante, en la modalidad “*trabajo igual, salario igual*” con fundamento en pronunciamientos de la Corte Constitucional y bajo este principio, considera debe analizarse el caso del accionante, teniendo en cuenta que ejecuta las funciones de un Soldado Profesional.

Considera que existen tres escenarios para los Soldados Voluntarios, que estaban activos al momento de entrada en vigencia el decreto 1793 de 2000. 1. Primer escenario, retirarse de la institución. 2. Segundo escenario, continuar como soldados voluntarios; 3. Tercer escenario ingresar a la carrera administrativa del soldado profesional, creada por el decreto 1793 de 2000, siendo el tercero el relevante con relación a las pretensiones de su demanda.

Dedica un capítulo a explicar el régimen de la prima de actividad y su naturaleza, la cual no está diseñada para ser pagada de forma proporcional a la cantidad de trabajo, sino que exige a los oficiales y suboficiales, únicamente que permanezcan en actividad, como lo está el demandante, en calidad de Soldado, pero es excluido de ese derecho.

Acude a un silogismo que parte del hecho indicador, mediante inferencia, para llegar al hecho indicado, para concluir que no existe, diferencias de funciones, entre el soldado Voluntario y el nuevo el Soldado Profesional.

De otra parte, solicita que se acuda a la excepción de inconstitucionalidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de subsidio de familia, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, toda modificación legal de carácter regresivo, a un derecho prestacional, debe presumirse prima facie como inconstitucional como ocurre con el Decreto 1161 de 2014, y el acto administrativo que negó la reliquidación está fundamentado en un decreto que se presume inconstitucional, presunción que no fue desvirtuada por la entidad demandada a lo largo del proceso, pues es ella quien tiene la carga de probar o argumentar que dicho acto administrativo se ajusta al ordenamiento constitucional. (Archivo 43).

La **parte demandada** no presentó alegatos de conclusión y la **Agente Delegada del Ministerio Público** no rindió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si el señor JAVIER ALEXANDER LEMUS CHAPARRO, en condición de Soldado Profesional desde su incorporación al Ejército Nacional, quien ejecuta las mismas funciones de quien inicia su incorporación como Soldado Voluntario, tiene derecho a que se reajuste su asignación básica mensual, tomando como base el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% como establece en el inciso 2º del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y se paguen las diferencias que resultan o por el contrario se debe mantener lo reglado en el inciso primero de la misma norma.

Surge un segundo problema jurídico que concierne a determinar si el señor JAVIER ALEXANDER LEMUS CHAPARRO tiene derecho a que la entidad demandada, reconozca y pague el *subsidio familiar*, conforme a lo determinado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En caso de verificarse que al demandante le asiste los derechos deprecados, se examina si están sometidos al fenómeno de la prescripción extintiva.

9. MARCO NORMATIVO

Monto de la asignación básica aplicable a los soldados profesionales

Para resolver el primer problema jurídico, relacionado con el monto del salario básico de un Soldado Profesional desde su incorporación al Ejército Nacional, se señala el siguiente marco jurídico:

La Ley 131 de 1985 estableció en su artículo 4° que las personas vinculadas como soldados voluntarios del Ejército Nacional devengarían una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%).

Luego, la ley 4° de 1992, en aplicación de lo establecido por los literales e) y f) del artículo 150 numeral 19 de la Constitución Nacional, estableció en el artículo 1° en cabeza del Gobierno Nacional la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de entre otros, la Fuerza Pública. Igualmente, en su artículo 2° dispuso como criterio para realizar la fijación de dicho régimen salarial el del respeto por los derechos adquiridos y que en ningún caso se podría desmejorar los salarios y prestaciones sociales.

Por su parte, el artículo 10 ídem establece que, carecería de efecto y no crearía derechos adquiridos el régimen salarial o prestacional que contravenga las disposiciones de dicha Ley.

Con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 1° de la Ley 578 de 2000² se expide el **Decreto Ley 1793 de 2000** “por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, cuyo artículo 1° definió la calidad de soldado profesional.

A su vez el párrafo del artículo 5° ídem dispuso la posibilidad que los soldados voluntarios (vinculados por Ley 131 de 1985) expresaran al Comandante de Fuerza, su intención de incorporarse como **soldados profesionales** y con el fin de garantizar derechos adquiridos, se contempló un régimen de transición que les tendría en cuenta la antigüedad, el porcentaje de prima de actividad que tenía reconocido.

El artículo 38 ídem, autorizó al Gobierno Nacional para expedir el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, con base en la Ley 4 de 1992, sin que ello implicara desmejorar *derechos adquiridos* como consagra el artículo 2°, literal a) por lo cual se expide el Decreto reglamentario **1794 de 2000** (*Régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales*) cuyos incisos 1° y 2° del Art. 1° definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales:

“Artículo 1. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán 1 salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.”

Se instituye entonces un régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de soldados profesionales, en materia salarial quienes se incorporen conservarían el

² “**Artículo 1°.**- <El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1493 de 2000>. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de 6 meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía ² Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares. cional y se dictan otras disposiciones.” (Subraya la Sala).

monto de su sueldo básico anterior como soldados voluntarios, puesto que de los decretos expedidos en el año 2000 citados, en ninguno de sus apartes establece que su salario mensual sería el mismo monto que devengan los soldados profesionales recién incorporados.

Por su parte en Sentencia de Unificación del 25 de Agosto de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, siendo ponente la Magistrada SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, expediente CE-SUJ2 No. 003/16, se se interpreta el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, distinguió las dos categorías de soldados profesionales y fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

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

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,87 les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

(...)

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

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 (...) 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%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º (...) la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

El numeral tercero que refiere a los descuentos que debe hacerse por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás.

Cuarto. La sentencia no es constitutiva del derecho (...) por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla (...) en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente” (Subraya del Despacho).

La antes referida sentencia fue aclarada por la misma Corporación el veinticinco (25) de agosto de 2016, Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16, indicando con respecto a los soldados profesionales vinculados por primera vez lo siguiente:

“(...) pese a que esta Sala no se encuentra obligada a pronunciarse sobre la supuesta vulneración al derecho a la igualdad de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez, en atención a la importancia que la Ley 1437 de 2011 le atribuye a las sentencias unificadoras no está demás señalar, que en todo caso, dicho postulado superior consagrado en el artículo 13 de la Constitución, no es trasgredido por la tesis jurisprudencial adoptada en la sentencia de unificación, puesto que no es posible realizar un juicio o test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por vez primera, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no hubiera tenido vocación de prosperidad.” (Subraya del Despacho).

El subsidio familiar

El subsidio familiar fue definido en la ley 21 de 1982, " una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad."³

La Corte constitucional en sentencia C-508 de 1997, puso de presente que de acuerdo con su desarrollo legislativo en Colombia, el subsidio familiar se puede definir como una prestación legal de carácter laboral⁴ y desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar, como fuera expuesto por el Ministerio Público.

Para el caso de los soldados e infantes de marina profesionales el régimen salarial y prestacional es de carácter especial, requiriendo por ende, para la implementación del subsidio de una normativa particular, como en efecto se consagró en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que establece:

³ Artículo 1 de la ley 21 de 1982

⁴ La Corte Suprema de justicia, ha establecido que las prestaciones sociales son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por el ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallo arbitrales o cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio d 1985 y 12 de febrero de 1983.

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.

Dicha disposición normativa fue derogada por el Art. 1 del Decreto 3770 de 2009, sin embargo esta derogatoria fue declarada nula mediante sentencia del 8 de junio de 2017, por la sección segunda subsección B del consejo de Estado con ponencia del CE Cesar Palomino Cortés Rad.2010-00065 con efectos *ex tunc*, lo que produjo el restablecimiento de la norma que había sido derogada.

Mediante providencia aclaratoria de la sentencia reseñada en el párrafo anterior, calendada el 8 de septiembre de 2017, el Consejo de Estado precisó con relación a los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, lo siguiente:

*“...Sin embargo, la Sala considera prudente reiterar que conforme con su inveterada y pacífica jurisprudencia, es claro que la nulidad de un acto administrativo produce efectos *ex tunc*, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado, por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto. Por lo tanto, si se declara la nulidad de un acto administrativo que había derogado o revocado otro acto administrativo, la consecuencia es que el acto revocado o derogado cobra nuevamente vigencia, incluida su presunción de legalidad⁵.*”

*Sobre los efectos de los fallos de nulidad, también ha sido abundante la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son **ex tunc**, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome⁶. Es así que respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, se reitera, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las “afecta”, de manera inmediata⁷.*

(...)

*“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...”*

⁵ Consejo de Estado. Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 41001-23-33-000-2012-00238-01(0798-14). M.P. William Hernández Gómez.

⁶ Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

Es de anotar que el Decreto 1161 de 2014, crea un *subsidio familiar* para aquellos soldados profesionales de las Fuerzas militares en servicio activo, que no percibían el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, para que fuera liquidado a partir del 01 de julio de 2014:

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

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

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

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

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

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

10. CASO CONCRETO

Se encuentra probado que el demandante JAVIER ALEXANDER LEMUS CHAPARRO se vinculó al servicio del Ejército Nacional para la prestación del servicio militar a partir del día 21 de febrero de 2006 y hasta el 12 de agosto de 2007, luego como Alumno Soldado Profesional el día 13 de agosto al 30 de septiembre de 2007, y como Soldado Profesional desde el 1º de octubre de 2007 como se desprende de las constancias allegadas al expediente obrantes en (fl.6; Arch.46 y fl.4; Arch.47).

De otro lado se allega copia de desprendibles de pago de los meses de agosto y septiembre del año 2021 (fl.8-9; Arch.46 y fl.5-6; Arch.47) en los que se puede determinar, que se liquida el salario básico del demandante la suma de \$1.271.936, cifra que equivale a un salario mínimo de dicha anualidad, equivalente a \$908.526, incrementado en un 40%, es decir en \$363.410.

Descendiendo la normatividad y la jurisprudencia citada en el caso concreto, se colige que a los Soldados Profesionales que ingresaron al Ejército Nacional bajo las regulaciones salariales establecidas en el Decreto 1794 de 2000, no se aplican los derechos que le asiste a aquellos Soldados Voluntarios que fueron vinculados con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000 en el marco de la Ley 131 de 1985 y que decidieron mantener su vinculación con el Ejército Nacional, pero incorporados en calidad de Soldados Profesionales, ya que se trata de dos grupos de soldados bien diferenciados, cuya regulación salarial ha sido claramente fijada de manera distinta en las normas, interpretadas en las reglas jurisprudenciales.

Las anteriores pruebas analizadas en conjunto, demuestran de manera suficiente que al señor JAVIER ALEXANDER LEMUS no le asiste el derecho que reclama en la demanda, si se tiene en cuenta que su incorporación por primera vez al Ejército Nacional fue en calidad de Soldado Profesional y como refiere la demanda, en ningún momento se desempeñó como Soldado Voluntario, por lo que ese primer grupo de soldados ingresa a la institución con todos los derechos prestacionales, que el segundo grupo no tuvo durante la vigencia de la ley 131 de 1985, puesto que su remuneración se limitaba a la denominada *bonificación mensual, de navidad y de retiro* y ninguna otra prestación más.

Entonces no se comparte la tesis de la demanda que deprecia un test de igualdad bajo el argumento que los dos grupos de soldados desempeñan la misma función, lo cual es obvio por disposición de la Constitución nacional (Art. 216 C.P.), empero no puede aplicarse un criterio de igualdad salarial a dos grupos de militares que no lo son, puesto que se itera, los Soldados Profesionales desde su incorporación gozan de ciertos derechos salariales y prestacionales, que los antiguos Soldados Voluntarios no gozaban, arzón pro la cual el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, respetó la asignación básica que venían devengando, como derecho adquirido (*segunda regla de unificación jurisprudencial*).

En suma, no puede aplicarse un test de igualdad entre quienes no son iguales, como acertadamente indica la jurisprudencia en cita, en la medida que el grupo de nuevos Soldados Profesionales que jamás se desempeñaron como Soldados Voluntarios, no pueden reclamar un derecho que no tenían al momento de su vinculación, de ahí que la norma hizo la distinción y señaló que la asignación básica se regula por el inciso primero del mismo art. 1 del Decreto 1794 de 2000 (*primera regla de unificación*).

Este razonamiento implica que el aquí demandante no se encuentra cobijado por las normas y los derechos adquiridos del grupo que reseña como su par funcional, por cuanto fue a ese grupo que se encontraba en desventaja prestacional, a quien se mejoró sus condiciones laborales, de suerte que no le asiste el derecho a reclamarlos, puesto que no tienen la misma génesis laboral, circunstancias objetivas por las cuales no se pueden equiparar.

Mediante petición radicada el 22 de febrero de 2018 ante la entidad demandada, el demandante solicitó el reconocimiento y pago del reajuste del 20% de la asignación básica (fls. 12- 14 Arch. 02), petición que se entiende negada por la omisión en ser contestada, lo que genera un acto administrativo ficto, de carácter negativo

Al respecto, conforme a la tesis desarrollada en esta providencia, dicho acto presunto, mantendrá su presunción de legalidad dado que no trasgrede el orden jurídico que le es exigible y en ese orden, se negarán las pretensiones nulidad formuladas en la demanda.

En segundo lugar, para resolver el segundo problema jurídico planteado en aras de establecer si el demandante tiene derecho a que se liquide el Subsidio Familiar en la forma pretendida, se tiene que el demandante solicitó el reconocimiento del mismo, al Ejército Nacional el 12 de octubre de 2017 (fl.08 Arch.47) y de conformidad con el oficio proferido por la Sección Jurídica de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, se evidencia que se le reconoció una partida de subsidio familiar equivalente al 23%, mediante la Orden Administrativa 2453 del 14 de noviembre de 2017 con novedad fiscal a partir del 12 de octubre de 2017 (fl.02 Arch.47).

En el presente asunto debemos tener en cuenta que el accionante tiene reconocido el *subsidio familiar*, sin embargo no fue allegada al plenario prueba alguna que indique la fecha en que contrajo matrimonio, ni tampoco que ello haya sido puesto en conocimiento de la entidad accionada antes de la expedición del citado Decreto y que permita determinar, si la prestación reconocida se regula bajo las disposiciones del Decreto Ley 1794 de 2000 o por el contrario aplica el Decreto 1164 de 2014 como lo ostenta actualmente, carga de la prueba que conforme al artículo 167 del CGP⁸ le correspondía a la parte interesada, acervo que siendo en este proceso huérfano, impide acceder en este aspecto a las pretensiones de la demanda.

En este orden, dado que mediante petición radicada el 22 de febrero de 2018, el demandante solicitó al Ejército Nacional el reconocimiento y pago del *subsidio familiar* conforme al Decreto Ley 1794 de 2000, lo cual fue denegado mediante el acto administrativo contenido en el oficio 0183111732021 del 12 de septiembre de 2018, sustentado en la derogatoria efectuada con el Decreto 3770 de 2009 al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y en que para el momento del reconocimiento la norma vigente era el Decreto 1164 de 2014, mantendrá su presunción de legalidad, por carencia de prueba frente al supuesto fáctico que condiciona o determina su reconocimiento.

Finalmente debe precisarse frente a la pretensión subsidiaria de aplicar la excepción de inconstitucionalidad a los actos administrativos, tampoco se encuentra llamada a prosperar, pues conforme se ha venido determinando a lo largo de esta providencia, dada la existencia de dos rangos de Soldados cuya situación fáctica y normativa que los regula es distinta, no resulta procedente equipáralos en materia salarial, ni tampoco se observa vulneración a normas de rango constitucional que conlleve la inaplicación de los actos acusados, como se solicita en la demanda.

11. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Se rememora que la entidad demandada propuso la excepción de “*prescripción*” solicita que el evento de acceder a las pretensiones de la demanda se tenga en cuenta la regulación establecida en el Decreto 1211 de 1990 (fl.3; Arch.19), por lo que siendo condicionada a que se estimen las pretensiones frente al derecho reclamado, resulta nugatorio pronunciarse sobre el particular.

⁸ **ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

12. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, norma que fue adicionada en sentido de establecer que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, interpretado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. José Ascensión Fernández Osorio, en sentencia de fecha 28 de octubre de 2021, al decir que la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezca de sustento jurídico.

En este orden, esta instancia no impondrá condena en costas como quiera que la tesis de la parte actora contó con sustento argumentativo, pese a que no fue aceptada por el Despacho, suerte que siguen las agencias en derecho.

13. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”*

FALLA:

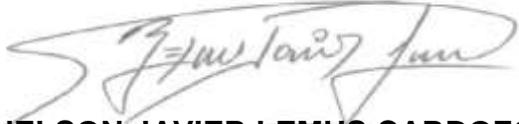
Primero.- Negar las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero.- Ejecutoriada esta providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello y archívese el expediente, dejando las anotaciones de rigor.

AREL

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
Juez

Firmado Por:

Nelson Javier Lemus Cardozo

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

002

Sogamoso - Boyaca

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

Código de verificación:

270dc92c2e8c9a2b58cf2dd92e6998d15dd307bef41c6401164f1318c6674417

Documento generado en 10/05/2022 04:26:39 PM

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