



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

Sogamoso, veintiséis (26) de agosto del año dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Radicación: 15759333300220200010300

Demandante: Oscar Eduardo Londoño Loaiza

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 OSCAR EDUARDO LONDOÑO LOAIZA, por intermedio de apoderado, pretende se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Acto ficto negativo derivado de la falta de respuesta a la petición radicada el 13 de mayo de 2019 por medio del cual se negó el reconocimiento del subsidio familiar.
- Oficio No. 20193170978971 del 24 de mayo de 2019 a través del cual se negó el reajuste de la asignación básica.

Igualmente pretende se inaplique por inconstitucional el artículo 1, inciso primero del Decreto 1794 de 2000 en forma parcial y el artículo 2 del Decreto 1161 de 2014.

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 se reliquiden las prestaciones sociales, así como el pago del subsidio familiar con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, con sus respectivas diferencias, indexación e intereses.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma (*archivo 02*):

Señala la demanda que el señor OSCAR EDUARDO LONDOÑO LOAIZA luego de finiquitar el respectivo curso de formación, ingresó a las Fuerzas Militares de Colombia en el año 2010, ostentando la categoría de Soldado Profesional y desde el ingreso a la institución armada, ha percibido como salario básico un SMMLV incrementado en un 40%.

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).

Señala que el año 2013, contrajo matrimonio en el que procreó un hijo, por lo que de conformidad con su composición familiar, al actor se le reconoce por concepto de *subsidio familiar* un equivalente al 23% de su salario básico, de acuerdo con lo establecido en el decreto 1161 del año 2014.

El señor Oscar Eduardo Londoño Loaiza el 13 de mayo de 2019 por intermedio de apoderada judicial, solicita reliquidación salarial, teniendo en cuenta la diferencia existente entre lo que devenga actualmente con respecto de otros Soldados Profesionales que perciben a título de sueldo básico un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% y la reliquidación del subsidio familiar, considerando debía aplicársele lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 del año 2000.

La Entidad accionada expidió el oficio No. 20193170978971 del 24 de mayo de 2019 negando la reliquidación salarial. Frente a la petición del subsidio familiar se dio lugar al acto administrativo ficto negativo producto del silencio administrativo.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden Constitucional: Artículos 4, 13, 48, 53, 93 de la Constitución Política.

Del Bloque de Constitucionalidad: Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículos 2 y 11.1.

De orden Legal: Código Sustantivo del Trabajo, Art. 10.

Argumenta, luego de referirse a la normatividad relacionada con el régimen salarial del personal activo de las Fuerzas Militares y hacer referencia a la sentencia de Unificación del Consejo de Estado en relación con el salario de aquellos soldados voluntarios que luego pasaron a ser profesionales y la providencia que la aclaró, que existe un desmedro, una grave violación del derecho a la igualdad y una evidente discriminación para aquellos soldados profesionales incorporados de manera directa frente al salario que perciben con respecto a los soldados voluntarios que luego ingresaron a la categoría de profesionales quienes reciben un 20% adicional, diferencia que no tiene justificación cuando se trata de dos grupos que tienen el mismo rango y ejecutan las mismas funciones, transgrediéndose además el postulado de a trabajo igual salario igual.

Realiza un análisis de la transición normativa del soldado voluntario a profesional y su actual estructura salarial, haciendo énfasis en que los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales mejoraron su situación prestacional pero con una reducción injustificada del salario, ya que en vigencia de la ley 131 de 1985 recibían un sueldo básico incrementado en un 60%, y con la aplicación del Decreto 1794 de 2000, el mismo varió a un salario básico incrementado en un 40% adicional al salario básico, lo cual ha traído diversos de bates que trajeron consigo la sentencia de Unificación del Consejo de estado del 25 de agosto de 2016 que superó la discusión, providencia que fue aclarada indicando que no existía trasgresión del derecho a la igualdad por considerar diferencia fácticas y jurídicas entre los dos grupos de soldados, afirmación que no comparte por cuanto sí hay una vulneración de normas Constitucionales aunado a que no se trata de una regla jurisprudencial.

Continúa realizando un comparativo entre soldados voluntarios y profesionales, y un acápite en el que analiza el derecho a la igualdad frente al asunto que nos ocupa, llegando a un juicio integrado de igualdad que solicita se aplique frente a las pretensiones de la demanda.

Luego de lo anterior, expresa que de accederse a las pretensiones de la demanda no se estaría vulnerando el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no resulta aplicable entre otras cosas porque se está acudiendo a la inaplicación del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 para aplicar el inciso segundo de la misma norma y en esa medida no se debe acudir a norma distinta que el régimen del soldado profesional.

De otra parte, en lo que respecta al subsidio familiar señala las normas que lo han regulado desde su creación llegando a concluir que, si bien el Decreto 1161 de 2014 da lugar al pago de un subsidio familiar, lo hace reduciendo su porcentaje con respecto al que se reconoce con fundamento en el Decreto 1794 de 2000, es decir trasgrediendo el principio de progresividad y prohibición de retroceso contenido en la Constitución Política.

En este punto concluye que la reducción antes mencionada que no se compensa ni siquiera con la adición que se hizo respecto a los hijos, lo cual sin duda permite que estemos frente a la presunción de inconstitucionalidad de la norma. Tampoco se supera el test de no regresividad pues no existe una justificación constitucionalmente válida para ello. (fls. 7 a 37 arch. 002).

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ejército Nacional** en su escrito de contestación de demanda (*archivo 15*) solicita negar las pretensiones indicando que el demandante no tiene derecho a la reliquidación con respecto al reajuste del 20% y cita la sentencia de unificación proferida en esta materia, calendada 25 de agosto de 2016, emitida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, CP Sandra Lissette Ibarra Vélez, radicación CE-SUJ2-85001-3333-002-2013-00060-01, quien no ostentó la calidad de soldado voluntario y no cumple con el Decreto 4433 de 2004, sino que el subsidio con se rige por el Decreto 1161 de julio de 2014.

Propone la excepción de “*prescripción*”.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada el 22 de octubre de 2020, como indica el acta de reparto (*archivo 01*) y mediante auto del 9 de noviembre de 2020 admitió el medio de control (*archivo 05*).

Mediante proveído del 23 de agosto de 2021 (*archivo 21*) se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia diligencia que se realizó el 6 de octubre de 2021, en cuyo marco se surtieron las etapas señaladas en artículo 180 del CPACA. (*archivo 26*).

El 24 de febrero de 2022 se desarrolló la audiencia de pruebas (*archivo 34*), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rinda concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **apoderado de la parte demandante** presentó alegatos de conclusión en los que reitera la argumentación expuesta al momento de contestar la demanda (*archivo 39*).

El **apoderado de la parte demandada** en sus alegaciones finales (*archivo 42*) indica que analizadas las particularidades del caso sub examine no es procedente la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado, pues mantiene incólume

su presunción de legalidad en los términos del artículo 88 del CPACA, pues el señor SLP OSCAR EDUARDO LONDOÑO LOAIZA nunca ostentó la calidad de Soldado Voluntario, y por ello no es viable la reliquidación salarial y prestacional pretendida.

Continúa señalando que al señor Londoño Loaiza, ya se le hizo el reconocimiento del subsidio familiar por su vínculo matrimonial con la señora Michel Daiana Puerta Vallejo de manera posterior al 5 de febrero de 2013 (fecha en que se casó) ante el vacío normativo existente y en virtud de la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014.

Dice 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, o que nos lleva a concluir que contaban con una expectativa de poder acceder a ese derecho con la regulación existente.

La **Agente Delegada del Ministerio Público** ante Despacho Judicial rindió concepto (*archivo 40*) en el que inicia realizando un recuento de lo acontecido en el proceso, y la normatividad que regula el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, el subsidio familiar y la prescripción, para concluir que teniendo en cuenta los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos analizados, no le asiste al señor OSCAR EDUARDO LONDOÑO LOAIZA, el derecho al reajuste salarial del 20% de la asignación básica conforme a los postulados establecidos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 del 2000, dado que, como se observó en los documentos obrantes en el expediente, el demandante durante el tiempo que ha prestado sus servicios al servicio de la Nación- Ministerio de Defensa-Ejercito Nacional, no estuvo vinculado como Soldado Voluntario, pues, en forma posterior a la prestación de su servicio militar, ingresó como alumno directamente para adquirir la calidad de soldado profesional, grado que alcanzó en el año 2010, de manera que en criterio del Ministerio Público no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales que se han establecido para dicho reconocimiento.

Indica además que según constancia expedida el 16 de febrero de 2019, el demandante tenía reconocido subsidio familiar en un 23%, porcentaje que está conforme al Decreto 1164 de 2014; sin embargo, precisa que hasta el momento en que se emite este concepto, no obra en el plenario prueba alguna que permita determinar la fecha en la cual el hoy demandante contrajo matrimonio y que permita resolver el segundo problema jurídico planteado, al no tenerse certeza de la norma aplicable, solicita que respecto de la procedencia de la reliquidación del subsidio familiar, se determine la fecha de las nupcias y conforme a la legislación y la jurisprudencia que se ha emitido respecto de este tema, se determine la norma aplicable, esto es, el Decreto 1164 de 2014 o el Decreto 1794 de 2000.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si el señor OSCAR EDUARDO LONDOÑO LOAIZA, quien contaba con la condición de soldado profesional, desde su incorporación a la Nación Ministerio Defensa - Ejercito Nacional reajuste, tiene derecho a que se reliquide su asignación básica mensual, tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% según lo establecido en el inciso 2° del Artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 y se paguen las diferencias que resultan.

Surge un segundo problema jurídico que concierne a establecer si el señor OSCAR EDUARDO LONDOÑO LOAIZA tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca, reliquide y pague el subsidio familiar.

En ambos casos, se examina la legalidad del acto administrativo que niega el derecho deprecado y de accederse a su invalidación, debe resolverse si el derecho reclamado está sometido 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

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).

incisos 1º y 2º del Art. 1º 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 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 antiqüedad 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 1985,88 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 1985,89 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 2000,99 a quienes el inciso 1º del artículo 1º

del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,100 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

³ Artículo 1 de la ley 21 de 1982

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:

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*

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, fallos 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 de 1985 y 12 de febrero de 1983.

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.

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...”

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*

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).

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 Oscar Eduardo Londoño Loaiza se vinculó al servicio del Ejército Nacional para la prestación del servicio militar a partir del día 17 de febrero de 2009 y hasta el 11 de mayo de 2010, luego como Alumno Soldado Profesional del 12 de mayo al 25 de agosto de 2010 y como Soldado Profesional desde el 25 de agosto de 2010 como se desprende de las constancias allegadas al expediente obrantes en (fl.51 archivo 02).

De otro lado se allega copia de desprendible de pago de febrero de 2019 y certificación de tiempo de servicio y salario (fls.52 y 53; archivo 02) en los que se puede determinar que el demandante percibe como salario básico la suma de \$1.159.363, la cual es equivalente a un salario mínimo de dicha anualidad (\$828.116), incrementado en un 40% (\$330.046).

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 OSCAR EDUARDO LONDOÑO LOAIZA 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 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 ante la entidad demandada el 13 de mayo de 2019, el demandante solicitó el reconocimiento y pago del reajuste del 20% de la asignación básica (*fls. 44-48 Arch. 02*), el cual fue negado mediante oficio N° 20193170978971 del 24 de mayo de 2019

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.

Para finalizar este punto debe precisarse frente a la pretensión de aplicar la excepción de inconstitucionalidad 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.

De otra parte, 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 conforme al certificado de nómina del mes de febrero de 2019, devenga esa partida en el equivalente a un 23% (*fl. 52 archivo 02*); igualmente, se encuentra acreditado en la documental allegada que contrajo matrimonio con la señora Michel Daiana Puerta Vallejo el 5 de febrero de 2013 (*fl.54 archivo 02*).

En el presente asunto debemos tener en cuenta que el demandante no tenía una situación jurídica consolidada antes de la expedición del mentado Decreto 1794 de 2000, por lo que presentándose el supuesto de hecho que autoriza el reconocimiento y pago del subsidio familiar en vigencia de dicha norma, entre otros, acredita que contrajo matrimonio el **5 de febrero de 2013**, conforme a lo indicado en la sentencia a la que se hizo alusión en líneas precedentes, resulta meritorio concluir que es dicha normatividad la que se encuentra llamada a regir el derecho solicitado, en la medida que dicha situación se consolidó con anterioridad a la expedición del Decreto 1161 de 2014.

Ahora, en atención a que el Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2017⁸, declaró la nulidad con efectos "*ex tunc*" del Decreto 3770 de 2009, el cual fundamentaba la decisión de la entidad demandada para negar el derecho

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, C.P. Cesar Palomino Cortés, 08 de junio de 2017 Rad. 1101-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10)

reclamado, por lo que no se puede obviar que esta norma declarada nula, había derogado el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, de donde resulta que con su anulación, se restablece desde el momento mismo de su derogatoria, como si jamás hubiese dejado de tener vigencia.

En este orden, conforme a lo determinado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, norma destinada a regular la situación jurídica particular y concreta presentada desde que cumple con el supuesto fáctico el 5 de febrero de 2013, cuando acredita nupcias, como se señaló en precedencia, constituye en fundamento para que se declare la nulidad del acto administrativo ficto que niega ese derecho, sin embargo no implica que se ordene el pago de las diferencias reclamadas desde entonces, como se explica en el capítulo separado que sigue.

Con mayor razón, se cristaliza la causal de anulación del acto ficto enjuiciado, el que se genera ante el silencio de la entidad demandada, en la medida que con la misma naturaleza del acto, también se presume que la decisión desfavorable, tácitamente no se funda en las normas en que debía fundarse.

11. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En este caso, se ordenará a la entidad demandada reconocer a favor del demandante, la partida de **subsidio familiar**, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde el momento en que cumplió con los requisitos para tal fin, esto es desde que contrajo matrimonio el 5 de febrero de 2013, lo cual no implica que el restablecimiento del derecho se pueda ordenar desde entonces.

De esta manera, la entidad demandada, al momento de realizar la liquidación para el pago de las diferencias causadas por el factor de subsidio familiar que se reconoce, deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) Reconocer mensualmente el subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual, más la prima de antigüedad.
- b) Se debe liquidar el factor de subsidio familia y sus diferencias desde el **13 de mayo de 2015**, es decir, sobre aquellas diferencias no afectadas por el fenómeno de prescripción, como extremo temporal inicial.
- c) Se deben reliquidar y pagar las diferencias que se generen en las prestaciones sociales no prescritas que dependan del subsidio familiar, como indica el Decreto 1794 de 2000, reconocidas desde la misma fecha establecida en el literal a).
- d) La entidad demandada deberá descontar del valor reconocido, las sumas que ya le fueran canceladas al demandante por concepto de subsidio familiar reconocido en aplicación del Decreto 1161 de 2014.

12. DE LA EXCEPCIÓN PROPUESTA

La entidad demandada propuso la excepción de “**prescripción**” sobre las diferencias de reclamadas, en caso que prosperen las pretensiones de nulidad de los actos.

Al respecto, se advierte que mediante sentencia judicial del 8 de junio de 2017, se declaró la nulidad con efectos *ex tunc*, del Decreto 3770 del 2009, situación que generó el restablecimiento, de la norma que había derogado, esto es el Decreto 1794 de 2000, desde su derogatoria.

Se rememora que el demandante contrajo matrimonio el 5 de febrero de 2013, mediante petición del 13 de mayo de 2019, solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar, conforme al Decreto 1794 de 2000, y que la demanda fue radicada el 22 de octubre de 2020, por lo que debe tomarse la fecha de radicación de la petición para contabilizar el término prescriptivo cuatrienal, lo que significa que las diferencias que resultan del reconocimiento de la partida de subsidio familiar, causadas con anterioridad al **13 de mayo de 2015**, se encuentran prescritas de conformidad con el término de prescripción de 4 años de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

12. INDEXACIÓN

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse como ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula de actualización:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma que resulte a favor del demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de obligaciones que se pagan mensualmente, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho en cada periodo.

13. DESCUENTOS POR APORTES NO REALIZADOS

La entidad demandada no puede verse afectada porque sus afiliados no realizan los aportes sobre todos los valores devengados o porque la respectiva pagaduría no efectúa el descuento respectivo, con base en la reiterada posición del Tribunal Administrativo de Boyacá, se ordenará que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento indexado del valor de los aportes con destino a salud, pensión y demás que sean pertinentes. El monto máximo a descontar no podrá superar el valor de la condena que se reconoce en favor del demandante.

14. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, suerte que siguen las agencias en derecho, toda vez que sólo se accede a declarar la nulidad de uno de los actos acusados, no se accede a todo el restablecimiento del derecho solicitado y se declara la prosperidad de la excepción de prescripción sobre uno de los derechos reclamados.

15. 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.- Declarar la existencia del acto ficto o presunto derivado de la petición radicada el 13 de mayo de 2010 por el señor OSCAR EDUARDO LONDOÑO LOAIZA en lo que refiere al el reconocimiento y pago del subsidio familiar y a su vez se declara su nulidad.

Segundo.- A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a reconocer el **subsidio familiar**, en favor de OSCAR EDUARDO LONDOÑO LOAIZA identificado con cédula de ciudadanía No. 34.973.320 conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde el 5 de febrero de 2013 y se **condena** a liquidar y pagar de forma indexada las diferencias causadas desde el **13 de mayo de 2015** por este concepto y además las diferencias que resultan en la liquidación de las prestaciones sociales que dependan de éste subsidio, descontando los valores pagados con fundamento en el subsidio creado por el Decreto 1161 de 2014, conforme a los criterios fijados en el capítulo de restablecimiento del derecho de la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Declarar fundada la excepción propuesta por la entidad demandada, denominada “*prescripción*” respecto de las diferencias salariales causadas en favor del demandante con anterioridad al **13 de mayo de 2015**.

Cuarto.- Ordenar que la liquidación realice los descuentos con destino a salud y pensión y los demás a que haya lugar, aplicable a los últimos cinco años sin que supere la condena.

Quinto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- Sin condena en costas en esta instancia.

Séptimo.- La entidad demandada debe cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

Octavo.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si hay lugar.

AREL

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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: **af7b1524e4b771a9662bff9a91099302420ddd6cfe0d8ef41f8071f30f9c5a5d**

Documento generado en 26/08/2022 10:36:44 AM

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