



Señores

Honorables Magistrados

Consejo de Estado (Reparto)

E. S. D.

WILLIAM PÁEZ RIVERA, mayor de edad, vecino y residente de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio de mi profesión, identificado con cedula de ciudadanía N° 79.727.744 de Bogotá D.C. y Tarjeta Profesional N° 250.135 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado del Infante de Marina Profesional **SEGUNDO ENRIQUE RODRIGUEZ DIAZ**, mayor de edad, identificado con cedula de ciudadanía N° 8.788.802 de Soledad, conforme al poder a mi conferido, comedidamente me permito interponer ante su despacho **ACCIÓN DE TUTELA**, conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, decreto 2591 de 1991 y decreto 306 de 1992, en contra de la sentencia de fecha agosto 06 de 2020, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, C.P. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES. Actor. SEGUNDO ENRIQUE RODRIGUEZ DIAZ. Demandada. Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional. Radicado N° 11001333501820180004101, por violación del derecho de igualdad, al mínimo vital y móvil y demás derechos conexos, en consecuencia, se reconozca las siguientes:

PRETENSIONES

1. **TUTELAR** los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y móvil y demás derechos conexos y, en consecuencia:
2. **REVOCAR** la sentencia de fecha agosto 06 de 2020, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, C.P. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES. Actor. SEGUNDO ENRIQUE RODRIGUEZ DIAZ. Demandada. Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional. Radicado N° 11001333501820180004101.
3. **RECONOCER**, reajustar y pagar el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado correspondiente al radicado 11001-03-25-000-2010-00065-00, numero interno 0686-2010 de fecha junio 08 de 2017 y las respectivas aclaraciones.
4. **RECONOCER** y pagar la indexación correspondiente al IPC certificado por el DANE y,
5. **RECONOCER** y pagar los intereses causados conforme lo ordena el inciso 3° del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.
6. **SIRVASE**, señor Magistrado reconocerme personería adjetiva para actuar en los términos y condiciones del poder conferido.



FUNDAMENTOS FACTICOS

1. El demandante presta o ha prestado sus servicios en la Armada Nacional como Infante de Marina Regular el día 05 de mayo de 2000 hasta el día 06 de noviembre de 2001, posteriormente, como Alumno Infante de Marina Profesional desde el día 07 de noviembre de 2001 hasta el día 07 de marzo de 2002 y, finalmente, como Infante de Marina Profesional desde el día 08 de marzo de 2002.
2. Mi representado contrajo matrimonio el día 20 de marzo de 2010 con la señora ANY MARGARETH HENRY MENDOZA como consta en el Registro civil de matrimonio con indicativo serial N° 03969490.
3. Mediante orden administrativa de personal N° 0686 de fecha septiembre 05 de 2014, se le reconoció a mi representado el subsidio familiar establecido en el decreto 1161 de 2014.
4. Para el día 19 de julio de 2017, se solicitó el reconocimiento del subsidio familiar establecido en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, la respetiva indexación e intereses correspondientes.
5. Mediante el acto administrativo N° 20170423330282971 de fecha julio 29 de 2017, el Jefe División de Nominas de la Armada Nacional, negó la solicitud realizada.
6. El Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad de Bogotá D.C., mediante sentencia de fecha julio 24 de 2019, negó las pretensiones de la demanda.
7. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, C.P. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES, confirmo la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad de Bogotá D.C., negando las suplicas de la demanda.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El decreto 2591 de 1991, estableció en el artículo 14, cual es el contenido que se debe tener en cuenta, al momento de interponer una acción de tutela, determinando que:

Artículo 14. Contenido de la solicitud Informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido unos requisitos de procedencia de la acción de tutela, es así como, en sentencia T – 010 de 2017, ha determinado que:

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de



una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular. No obstante, para que la solicitud de amparo proceda, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez).

I. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Al respecto, tenemos que el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección C, en decisión de fecha septiembre 26 de 2012, dentro del radicado N° 05001-23-31-000-1995-00575-01 (24677), ha manifestado la noción, definición, concepto y fundamento de la legitimación en la causa, de la siguiente manera:

La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. (...) la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídica – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia. (...) la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas (...) la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso.

Entonces, dentro del caso en concreto, tenemos que el actor está legitimado en la causa por activa, toda vez que, es aquella persona quien de manera directa tiene interés en el litigio, tiene la titularidad del derecho que está siendo vulnerado por la sentencia atacada.

Ahora bien, frente a la legitimación en la causa por pasiva está legitimado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, por ser la autoridad judicial que emitió la sentencia atacada.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, desconoce el precedente judicial con la decisión que se ataca en esta oportunidad, violando los siguientes derechos fundamentales del actor, así, derecho a la igualdad, al mínimo vital y móvil, al trabajo, seguridad social, al principio de progresividad, prohibición de regresividad, desconocimiento del precedente judicial y demás derechos conexos.

Toda vez que, de la sentencia atacada se logra evidenciar que, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, al emitir el correspondiente fallo, desconoció la línea jurisprudencial que se ha venido trazando sobre el subsidio familiar para el personal de Soldados Profesionales que declararon la unión marital de hecho o contrajeron matrimonio durante la vigencia del decreto 3770 de 2009.



CONCEPTO DE VIOLACIÓN

DEL SUBSIDIO FAMILIAR RECONOCIDO EN EL ARTICULO 11 DEL DECRETO 1794 DE 2000.

El subsidio familiar para los Soldados Profesionales fue reconocido por el Ejecutivo mediante el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, en el cual, se estableció que:

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.

De la norma transcrita, se puede extraer que la persona que pretenda el reconocimiento del subsidio familiar, debía acreditar dos requisitos, el primero, tener la categoría de Soldado Profesional y, el segundo, ser casado o tener unión marital de hecho vigente, lo que, se encuentra plenamente demostrado en el sub examine, toda vez que, como bien lo certifico la entidad demandada, mi representado ingreso a la Armada Nacional y presto sus servicios como Infante de Marina Profesional, según certificación de tiempo obrante en el expediente, además que, obra en el plenario registro civil de matrimonio, en el cual, se logra evidenciar que el demandante contrajo matrimonio el día 20 de marzo de 2010.

VIOLACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD, MINIMO VITAL Y MOVIL, DERECHO AL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, AL NO RELIQUIDAR EL SUBSIDIO FAMILIAR DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 11 DEL DECRETO 1794 DE 2000.

Al Respecto, la Corte Constitucional en sentencia C - 571 de 2017, determino que el derecho a la igualdad es aplicable a personas o grupos de personas que se encuentren en supuestos de hecho equivalentes y que debe darse el mismo trato a situaciones de hecho idénticas, de la siguiente manera:

*El derecho a la igualdad está previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos que, en virtud del artículo 93 numeral 2, hacen parte del bloque de constitucionalidad. De este derecho se desprenden dos mandatos básicos: (i) otorgar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes y (ii) otorgar un trato diferente a situaciones de hecho disímiles. Como se observa, el rasgo esencial del derecho a la igualdad es que implica un juicio de comparación entre dos personas o grupos de personas. Para determinar con mayor precisión el alcance del derecho a la igualdad, la Corte ha especificado estos dos mandatos generales en cuatro reglas, a saber: (i) debe darse un tratamiento distinto a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; **(ii) debe darse el mismo trato a situaciones de hecho idénticas;** (iii) debe darse un trato paritario a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias; y (iv) debe darse un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Con el propósito de determinar cuándo se presenta alguna de las hipótesis mencionadas antes, la Corte ha tenido en cuenta un juicio a partir de tres etapas de análisis. Primero, se debe establecer el criterio de comparación (también denominado tertium comparationis). Segundo, se debe definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe realmente un trato igual o diferenciado. Así, una vez establecido el criterio de comparación, debe verificarse si efectivamente existe un trato igual o un trato diferenciado o si*



en realidad el cargo por vulneración del derecho a la igualdad parte de una indebida comprensión o interpretación de lo que establece la medida analizada. De este juicio pueden entonces desprenderse dos hipótesis: o los grupos o personas no son comparables a la luz del criterio de comparación y, en consecuencia, no se afecta el mandato de trato igual; o los grupos o personas si pueden ser asimiladas y, en esa medida, se presenta una afectación prima facie del derecho a la igualdad. Si ocurre lo segundo (si las personas o grupos pueden ser asimilados), en tercer lugar, se debe determinar si la diferencia de trato se encuentra constitucionalmente justificada, análisis que varía, pues puede hacerse en intensidades distintas, teniendo como propósito salvaguardar el principio democrático y la separación de poderes, sin afectar gravemente los derechos inalienables de la persona (artículos 1, 5 y 113 de la Constitución, respectivamente). En este sentido, la Corte ha señalado que el juicio de proporcionalidad no puede ser aplicado con la misma intensidad en todos los casos. De no proceder así (es decir, si siempre se aplicara la misma intensidad en el análisis de proporcionalidad), las competencias de los diferentes órganos del Estado, al igual que las posibilidades de actuación de los particulares en ejercicio de la libre iniciativa privada, podrían resultar anuladas o afectadas gravemente. Ello se debe a que, en últimas, en este paso lo que se analiza es si la diferenciación prevista por la medida analizada es o no proporcional. Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido tres intensidades que pueden tenerse en cuenta para este análisis, a saber: leve, intermedia y estricta. (...) En cada caso deberá el juez valorar las diferentes razones que concurren para fundamentar la intensidad del juicio, de acuerdo con los criterios jurisprudencialmente establecidos.

Nótese entonces que, el derecho a la igualdad debe aplicarse a aquellas personas que comportan situaciones de hecho similares, es decir, que para el caso que nos ocupa, tenemos que, a todos los Soldados Profesionales que se casaron o declararon la unión marital de hecho en vigencia del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, se les debe aplicar esta norma, aunado a que, el Consejo de Estado mediante sentencia de fecha junio 08 de 2017, dentro del radicado N° 11001-03-25-000-2010-00065-00, numero interno 0686-2010, declaro la nulidad del decreto 3770 de 2009, lo que quiere decir, que la norma que había sido derogada en virtud de este decreto, recobro su vigencia y continua en el ordenamiento jurídico hasta la vigencia del decreto 1161 de 2014.

Ahora bien, al ser declarado nulo el decreto 3770 de 2009 y con efectos ex tunc, presupone que revive el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y que todos aquellos Soldados que se casaron o declararon unión marital de hecho en vigencia del decreto declarado nulo, no podían solicitar a la entidad accionada que se reconociera un subsidio familiar que en su momento no se encontraba contemplado en el ordenamiento jurídico y fue solo hasta la declaratoria de nulidad del decreto 3770 de 2009, que se abrió la posibilidad de reclamar el subsidio que más beneficioso es para el accionante.

Así las cosas, la decisión que se ataca por vía de tutela en esta oportunidad, genera una desmejora en las condiciones salariales de mi representado, porque, mientras unos Soldados Profesionales devengan el subsidio familiar del artículo 11 del decreto 1794 de 2000, por haber legalizado su vida conyugal antes de la expedición del decreto 3770 de 2009, a mi representado se le viola el derecho a la igualdad entre iguales, porque, si bien es cierto, mi representado también legalizo su vida conyugal en vigencia del artículo 11 ibidem, toda vez que, para la fecha del matrimonio había una barrera jurídica que no le permitía solicitar tal reconocimiento y, fue solo, hasta la declaratoria de nulidad que le fue posible tal situación.



Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, considera que mi representado tiene derecho al subsidio familiar establecido en el decreto 1161 de 2014, por haber radicado los documentos para su reconocimiento en vigencia del mismo, según el Magistrado, por ser en tal momento que reporto su cambio de estado civil.

Entonces, la violación del derecho a la igualdad que se alega, es en virtud de que, hay personal de Soldados Profesionales, que estando dentro de los mismos supuestos facticos, es decir, legalizaron su vida conyugal durante la vigencia del decreto 3770 de 2009 y, por vía judicial, ya les fue reconocido el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, como es el caso del Soldado Profesional JOSE GUILLERMO CARMONAY JOYA, a quien el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección segunda. Subsección “B” dentro del proceso con radicado N° 11001334204620180019101. C.P. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON en sentencia de fecha noviembre 11 de 2020, confirmo la sentencia de primera instancia de fecha junio 21 de 2019, emitida por el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo de Bogotá D.C., en la cual, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en relación al subsidio familiar, manifestándose lo siguiente:

Así las cosas, se puede concluir que tienen derecho al reconocimiento y pago del beneficio del subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 quienes hubiesen consolidado ese derecho antes de la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, de lo contrario se regirán por las reglas previstas en esta última disposición.

(...)

Por lo que esta Sala concuerda con lo dispuesto por el juez de primera instancia en el sentido de indicar que el actor no cumplió con el deber de comunicar su estado civil de conformidad con lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, por cuanto a la fecha que contrajo las nupcias se encontraba vigente el Decreto 3770 de 2009 y, le fue posible presentar la comunicación una vez quedo ejecutoriada la sentencia que declaro la nulidad del anterior decreto.

Así mismo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección segunda. Subsección “D” dentro del proceso con radicado N° 25269333300220180013801. C.P. CERVELEON PADILLA LINARES. Actor. CARLOS ALBERTO OSORIO GIRALDO, en sentencia de fecha febrero 13 de 2020, confirmo parcialmente la sentencia de primera instancia de fecha agosto 27 de 2019, emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Girardot, manifestándose lo siguiente:

Visto que el Consejo de Estado declaro la nulidad del Decreto 3770 de 2009, con efectos ex tunc, es dable afirmar que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 retomo nuevamente su vigencia. Por esta razón, la Sala concluye que tal disposición normativa resulta aplicable a Carlos Alberto Orosio Giraldo, habida cuenta de que el hecho generador del <subsidio familiar>, cual es el haber contraído vínculo matrimonial, se cumplió a cabalidad el día 23 de octubre de 2009, es decir, estando en vigencia el Decreto 1794 de 2000 y no el Decreto 1161 de 2014, dando que este último empezó a regir a partir del del día 24 de junio de 2014, haciéndose aplicable únicamente para aquellos soldados profesionales que no venían percibiendo el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, es decir, que no se habían casado o constituido unión marital de hecho antes del 24 de junio de 2014.



Señalar que el actor no tiene derecho al subsidio familiar contemplado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por el hecho de haber contraído vínculo matrimonial con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma que derogo el subsidio familiar, esto es, del Decreto 3770 de 2009, implica necesariamente aceptar la discriminación que se presentaría entre estos soldados profesionales y aquellos a quienes si se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo. Lo cual fue una de las razones para que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, declarara la nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009.

Bajo estos razonamientos, en criterio de la Sala, el actor tiene derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar previsto en el citado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y no al contemplado en el Decreto 1161 de 2014, pues la condición para su reconocimiento se cumplió antes de que entrará en vigencia este último, razón por la cual habrá de revocarse en este aspecto la sentencia inicial.

Así las cosas, en los casos traídos como referentes, tenemos que, los IMP y SLP legalizaron su vida conyugal con anterioridad a la vigencia del decreto 1161 de 2014, tiempo en el cual, se encontraba derogado el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y, durante el mismo, los demandantes no solicitaron reconocimiento de subsidio familiar, toda vez que, el mismo se encontraba derogado y fue solo hasta la declaratoria de nulidad del decreto 3770 de 2009, que los referentes solicitaron la reliquidación del subsidio familiar, el cual, fue discutido en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que surtió efectos positivos para los demandantes, entonces, si estos fueron beneficiados jurídicamente y se les permitió devengar el subsidio del decreto 1794 de 2000, a pesar de haber devengado el subsidio del decreto 1161 de 2014, no hay razón para que al aquí demandante se le niegue tal derecho, más aun, cuando el Consejo de Estado en sentencia de fecha junio 08 de 2017, manifestó que la decisión tomada tenía efectos ex tunc.

De otra parte, esta situación de desigualdad que se aplica al demandante, negándole el subsidio familiar como contra prestación por su trabajo, también viola el derecho al mínimo vital, de suerte que, la Corte Constitucional se manifestó en sentencia T – 678 de 2017, así:

El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".

De igual manera, esta negación también afecta el derecho al trabajo, sobre el cual, la Corte Constitucional en sentencia C – 593 de 2014, como una triple dimensión, de la siguiente manera:

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la "lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales



que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.”

De suerte que, en cuanto al derecho fundamental a la seguridad social, la Corte Constitucional en sentencia T – 164 de 2013, ha manifestado que:

La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales”

Entonces, la decisión que se ataca en este momento, la cual, fue emitida por el Tribunal Administrativa de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, esto es, la sentencia de fecha agosto 06 de 2020, no solamente viola el derecho a la igualdad, sino que también viola el derecho al mínimo vital, el derecho al trabajo y a la seguridad social del aquí demandante, además porque, de no ser por la expedición del decreto 3770 de 2009, el actor hubiera solicitado el reconocimiento del subsidio alegado, una vez legalizo su vida conyugal, situación que no le fue posible por la existencia de una barrera jurídica que no se lo permitía.

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C – 228 de 2011, determino lo siguiente:

El mandato de progresividad implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que



existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

Como bien lo ha manifestado la Corte, cuando se alcanza un nivel de protección en el ámbito laboral, al legislador le quedan restringidas las facultades para retroceder en la misma materia y permitir que los derechos ya alcanzados se vean vulnerados, salvo que, se demuestre que tal retroceso es constitucionalmente válido, lo que precisamente no fue demostrado ni probado en el sub examine.

Entonces, para el caso que nos ocupa, es viable jurídicamente ordenar la reliquidación del subsidio familiar del actor, de conformidad con el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, por cuanto, en primer lugar, la norma se encuentra vigente, en segundo lugar, el actor cumple con los requisitos para acceder a esa reliquidación, esto es, tiene la calidad de SLP y legalizó su vida conyugal antes de la vigencia del decreto 1161 de 2014, en tercer lugar, el decreto 1161 de 2014 no es precisamente progresivo en materia laboral, sino que más bien, es regresivo, por lo que, no se demuestra en el presente caso que, se haya analizado los tres presupuestos establecidos por la Corte para determinar si es aplicable la prohibición de regresividad, así:

El test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste. Así por ejemplo en la Sentencia C-038 de 2004 se dijo que si se utiliza como presupuesto de justificación de la regresividad de un derecho social el fomento del empleo se debe constatar: “(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo”

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, C.P. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES. Actor. SEGUNDO ENRIQUE RODRIGUEZ DIAZ. Demandada. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Radicado N° 11001333501820180004101, en sentencia de fecha agosto 06 de 2020, desconoce el precedente judicial que se ha establecido sobre el tema.

Si bien es cierto, en varias salas del mismo Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ha creado una línea jurisprudencial favorable frente al derecho que tienen los Soldados Profesionales que legalizaron su vida conyugal durante la vigencia del decreto 3770 de 2009, así:



Soldado Profesional JOSE GUILLERMO CARMONA JOYA, a quien el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección segunda. Subsección “B” dentro del proceso con radicado N° 11001334204620180019101. C.P. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON en sentencia de fecha noviembre 11 de 2020, confirmo la sentencia de primera instancia de fecha junio 21 de 2019, emitida por el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo de Bogotá D.C., en la cual, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en relación al subsidio familiar, manifestándose lo siguiente:

Así las cosas, se puede concluir que tienen derecho al reconocimiento y pago del beneficio del subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 quienes hubiesen consolidado ese derecho antes de la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, de lo contrario se regirán por las reglas previstas en esta última disposición.

(...)

Por lo que esta Sala concuerda con lo dispuesto por el juez de primera instancia en el sentido de indicar que el actor no cumplió con el deber de comunicar su estado civil de conformidad con lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, por cuanto a la fecha que contrajo las nupcias se encontraba vigente el Decreto 3770 de 2009 y, le fue posible presentar la comunicación una vez quedo ejecutoriada la sentencia que declaro la nulidad del anterior decreto.

(...)

En razón a lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo de Bogotá, toda vez que el señor José Guillermo Carmona Joya tiene derecho a que se le reconozca y pague el subsidio familiar de conformidad con lo establecido de conformidad con lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, puesto que se consolido el derecho el 6 de octubre de 2013, estando en vigencia dicha norma.

Así mismo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección segunda. Subsección “D” dentro del proceso con radicado N° 25269333300220180013801. C.P. CERVELEON PADILLA LINARES. Actor. CARLOS ALBERTO OSORIO GIRALDO, en sentencia de fecha febrero 13 de 2020, confirmo parcialmente la sentencia de primera instancia de fecha agosto 27 de 2019, emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Girardot, manifestándose lo siguiente:

Visto que el Consejo de Estado declaro la nulidad del Decreto 3770 de 2009, con efectos ex tunc, es dable afirmar que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 retomo nuevamente su vigencia. Por esta razón, la Sala concluye que tal disposición normativa resulta aplicable a Carlos Alberto Orosio Giraldo, habida cuenta de que el hecho generador del <subsidio familiar>, cual es el haber contraído vínculo matrimonial, se cumplió a cabalidad el día 23 de octubre de 2009, es decir, estando en vigencia el Decreto 1794 de 2000 y no el Decreto 1161 de 2014, dando que este último empezó a regir a partir del del día 24 de junio de 2014, haciéndose aplicable únicamente para aquellos soldados profesionales que no venían percibiendo el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, es decir, que no se habían casado o constituido unión marital de hecho antes del 24 de junio de 2014.

Señalar que el actor no tiene derecho al subsidio familiar contemplado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por el hecho de haber contraído vínculo matrimonial con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma que derogo el subsidio familiar, esto es, del Decreto 3770 de 2009, implica necesariamente aceptar la discriminación que se presentaría entre estos soldados profesionales y aquellos a quienes si se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo. Lo cual fue una de las razones para que el Consejo de



Estado, Sección Segunda, Subsección B, declarara la nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009.

Bajo estos razonamientos, en criterio de la Sala, el actor tiene derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar previsto en el citado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y no al contemplado en el Decreto 1161 de 2014, pues la condición para su reconocimiento se cumplió antes de que entrará en vigencia este último, razón por la cual habrá de revocarse en este aspecto la sentencia inicial.

Ahora bien, al analizar los precedentes judiciales traídos a colación en este escrito, se puede observar que los mismos comportan supuestos facticos y jurídicos similares al caso en concreto, por lo que, de continuar desconociendo el precedente judicial que se ha fijado sobre el tema, constituiría una flagrante violación al derecho a la igual entre iguales.

DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

Al respecto, tenemos que, el principio de inmediatez hace referencia al tiempo en que se haya presentado la acción, el cual, debe ser contabilizado desde el día en que se notificó la sentencia atacada, esto es, para el caso concreto, la sentencia atacada se notificó el día 18 de noviembre de 2020 vía correo electrónico, entonces los términos para incoar la acción, se deben contar desde el día siguiente, esto es, desde el día 19 de noviembre de tal anualidad, por tanto, los términos vencen el día 19 de mayo de 2021.

Así las cosas, esta acción es radicada el día 18 de mayo de 2021, por lo que, se encuentra dentro de los términos establecidos, es decir, dentro de los seis (06) meses correspondientes.

PRUEBAS

Para el efecto se deben tener en cuenta, las aportadas y legalmente decretadas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado N° 11001333501820180004101 del Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad de Bogotá D.C.

Así mismo, se allega la sentencia de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección segunda. Subsección “B” dentro del proceso con radicado N° 11001334204620180019101. C.P. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON de fecha noviembre 11 de 2020.

La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección segunda. Subsección “D” dentro del proceso con radicado N° 25269333300220180013801. C.P. CERVELEON PADILLA LINARES. Actor. CARLOS ALBERTO OSORIO GIRALDO, de fecha febrero 13 de 2020

JURAMENTO

Manifiesta mi representado que no ha presentado ninguna otra acción de tutela por los derechos aquí reclamados.



ANEXOS

1. Poder debidamente otorgado.
2. Sentencia de primera instancia de fecha julio 24 de 2019, emitida por el Juzgado Dieciocho Administrativo de Bogotá D.C., dentro del radicado N° 11001333501820180004101.
3. Sentencia de segunda instancia de fecha agosto 06 de 2020, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección segunda. Subsección “A”, dentro del radicado N° 11001333501820180004101.
4. Traslado a las partes de conformidad con el decreto 806 de 2020.

NOTIFICACIONES

Al suscrito en la carrera 12 F N° 27 – 16 Sur, barrio Gustavo Restrepo de Bogotá D.C., teléfono 3005127175, correo electrónico sarayabogada2015@gmail.com.

Del Señor Juez,
Atentamente,

WILLIAM PÁEZ RIVERA

C.C. N° 79.727.744 de Bogotá D.C.

T.P. N° 250.135 del C. S. de la Judicatura.