

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-004-2018-00093-01
Accionante	EVER FONSECA HERRERA clgomez@hotmail.com
Accionada	NACIÓN-MINDEFENSA-ARMADA NACIONAL usuarios@mindefensa.gov.co
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD-INFANTE DE MARINA
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala fija de decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha doce (12) de abril de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA.²

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

1. El señor FONSECA HERRERA EVER, ingresó a la ARMADA NACIONAL el 15 de octubre de 1998 en condición de Infante de Marina Regular, a partir del 29 de diciembre del 2000, se desempeñó como Infante de Marina Voluntario.
2. En condición de Infante de Marina Voluntario la vinculación del demandante a la ARMADA NACIONAL, estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

¹ Folios 112-123 cdr.1

² Folios 20-24 cdr.1

3. Por decisión de la ARMADA NACIONAL el señor FONSECA HERRERA EVER, al igual que todos los soldados voluntarios, pasó a ser denominado soldado profesional a partir del 1º de noviembre de 2003, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.
4. El demandante actualmente se encuentra activo, y presta sus servicios en el Batallón de Fuerzas Especiales de Infantería de Marina, con sede en Cartagena - Bolívar.
5. Que de acuerdo a la normatividad, en ningún momento se estableció el derecho a devengar la prima de actividad para los soldados e infantes de marina profesionales, lo cual constituye una clara violación al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, que les asiste a los soldados e infantes de marina profesionales.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que:

1. Que se declare la nulidad del Oficio No. 20170423330348631 MON-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 librado el 08 de noviembre del 2017 por la Sección Nómina de la ARMADA NACIONAL, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad en la asignación salarial mensual que actualmente devenga el demandante.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, LA NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL, disponga el reajuste de salarios y prestaciones sociales que actualmente devenga el DEMANDANTE.
3. Reconocimiento y pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD en la asignación mensual que actualmente devenga el demandante, en aplicación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional. Que se disponga el reconocimiento y pago del retroactivo salarial que se genere con fundamento en los reajustes reclamados.

4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados al demandante.
5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados al demandante.
6. Que se reconozcan honorarios de abogado al demandante.
7. Que se condene en costas a la entidad demandada.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículo 10 de la Ley 4 de 1992; artículos 206 a 214 Código Contencioso Administrativo; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004;

Argumenta, que en el presente caso se solicita la aplicación del derecho constitucional a la igualdad, derecho de recibir una remuneración mínima, vital, móvil, y el respeto por los derechos adquiridos, por cuanto todos los miembros de las Fuerzas Militares y Policía, así como el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional les incluyen la prima de actividad como concepto para efectuar la liquidación de su asignación salarial, mientras que se excluye de este concepto a los Soldados profesionales, colocándolos en una situación de desigualdad frente a sus compañeros.

Añade que, el Artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, resulta inconstitucional al dejar de incluir la prima de actividad como derecho de los Soldados Profesionales, a quienes se les deja en desigualdad de condiciones frente a los demás miembros al servicio del Ministerio de Defensa Nacional a quienes se les reconoce prima de actividad, a pesar que sus funciones son menos agrestes que las que deben realizar los soldados profesionales.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.³

La Armada Nacional contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda, por cuanto son debate en el presente proceso.

Fundamenta su defensa en que en cuanto al régimen prestacional de los

³ Folios 46-87 cdr.1

miembros de la Fuerza Pública, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que es diferente al aplicable en la generalidad de las personas en razón de la naturaleza de los servicios y a la finalidad que para ella establece la Constitución, que en el caso de los militares corresponde a la *"defensa de la soberanía, la independencia, la fuerzas del territorio nacional y del orden constitucional"* (C. P. Art. 217), mientras para la Policía Nacional está relacionada con el *"mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz"* (C. P. Art. 218). En síntesis, de las normas arriba señaladas se infiere de forma clara que los soldados profesionales NO TIENEN DENTRO DE SUS PRESTACIONES SOCIALES RECONOCIMIENTO A LA PRIMA DE ACTIVIDAD.

Las normas creadas en Colombia en materia de regímenes prestacionales, salariales o seguridad social para las Fuerzas Militares podemos clasificarlas en tres grupos; el primero, la normatividad dirigida a los Oficiales y Suboficiales; el segundo grupo, que es la normatividad dirigida a los Civiles que laboran en el Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares o Policía Nacional; y tercero, la normatividad aplicada a los Soldados Profesionales (antes del año 2000 denominados Soldados Voluntarios) y los Infantes de Marina. Lo anterior significa, que las normas que se han preceptuado para los miembros uniformados de las Fuerzas Militares en materia salarial, tiene dos divisiones en relación con el sujeto de aplicación, es decir, una normatividad que se aplica a los Oficiales y Suboficiales, y otra que se aplica a los Soldados Profesionales e infantes de Marina.

Señala que el demandante manifestó que *"en el caso que nos ocupa es necesario realizar el estudio de constitucionalidad por excepción en aras a concluir que cuando se crea el estatuto de los soldados profesionales se desconoce su naturaleza de militares que en razón de su actividad de riesgo deberían ser acreedores a la prima de actividad al igual que los demás miembros de las Fuerzas Armadas."*

Afirma que dicha aseveración es totalmente errónea, ya que precisamente al reconocerse la calidad de militares y la labor que realizan los soldados profesionales, fue la razón por la cual el Gobierno Nacional creó su estatuto propio (soldados profesionales), existiendo UN OSTENSIBLE MEJORAMIENTO PRESTACIONAL Y SALARIAL FRENTE A LO QUE VENÍAN DEVENGANDO CUANDO ERAN SOLDADOS VOLUNTARIOS, así como se explica a continuación:

El Soldado Profesional en principio se denominó "Soldado Voluntario"; fue creado por la Ley 131 de 1985, como respuesta a la necesidad de formar Soldados que ingresaran de manera voluntaria a las Fuerza Militares, para que contrarrestaran la acción de los grupos armados ilegales y cooperaran en la preservación de la seguridad y la defensa nacional. A través del Decreto 1793 del 14 de Septiembre de 2000 se estableció el "Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", y en el Capítulo 3 se regula lo relacionado con los salarios, las prestaciones, parte de dichas disposiciones fueron derogadas por el artículo 45 del Decreto 4433 de 2004.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁴

Mediante sentencia de fecha doce (12) de abril de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que, el hecho que la prima de actividad se reconozca a otros miembros de la Fuerza Pública como partida computable para liquidar su asignación salarial, no es un argumento suficiente para afirmar la violación al derecho a la igualdad y ante la ausencia de otros elementos de juicio que permitieran valorar la configuración de un trato discriminatorio, el mismo deberá ser desestimado, permaneciendo incólume la legalidad de los actos acusados, por lo cual no se accedió a declarar la nulidad.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN.⁵

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda; al respecto indicó que considera que no es cierto el argumento utilizado por el fallador de primer grado, teniendo en cuenta que se vulnera el derecho fundamental a la igualdad, evidenciando entonces un trato diferenciado y desigual, pues la norma que ordena el pago de la prima de actividad a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, mantiene como única condición exigida a los empleados públicos del Ministerio de Defensa para devengar esta prestación es que se encuentren en desempeño de sus funciones, condición que no es distinta para los Oficiales y Suboficiales. Por lo que, no se puede inferir la razón real para que el legislador excluyera esta prima de actividad para el personal de Soldados Profesionales.

⁴ Folios 112-123 cdr. 1.

⁵ Folios 115-117 cdr.1

3.5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA.

A través del auto de fecha cinco (05) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)⁶, el Despacho admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Mediante auto de fecha dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020)⁷, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGACIONES.

La entidad demandada⁸ presentó alegatos finales.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión.⁹

3.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual “el juez de segunda

⁶ Folio 4 cdr.2

⁷ Folio 8 cdr.2

⁸ Folios 16-18 cdr.2

⁹ Folios 12-14 cdr.2

instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley".

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿El actor en su condición de soldado profesional tiene derecho a percibir la prima de actividad como parte de su asignación salarial?

5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto no le asiste razón al demandante para el reconocimiento la prima de actividad como parte de su asignación salarial. La Sala sostendrá que el acto administrativo fue expedido de acuerdo con la normatividad vigente que regula la materia y sin incurrir en la vulneración del derecho a la igualdad, por lo que no existen razones jurídicas para ordenar el reajuste de su asignación salarial en el mismo monto de los miembros que sí tienen derecho a recibir la prima de actividad.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Del Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

De conformidad con el artículo 217 de la Constitución Política, se autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como parte de la Fuerza Pública según el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esta preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, señaló que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública.¹⁰

En la misma línea, el artículo 150 numeral 19 de la Carta Política, autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social al que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo

¹⁰ "ARTÍCULO 279. Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (...)"

cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales.

A su vez, la Corte Constitucional¹¹ agregó que, gozarán de dicho régimen especial a partir del establecimiento de unas condiciones mejores, las cuales permitan acceder a un régimen pensional más beneficioso en tiempo, en porcentajes o en derechos, con el fin de lograr un equilibrio en el desgaste físico y emocional que sufren durante un período largo de tiempo, debido a la prestación ininterrumpida de una función pública, la cual envuelve un peligro inminente.

Así mismo, se aplican a todos los miembros de la Fuerza Pública la Ley 923 de 2004, la cual contiene normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros que pertenecen a la Fuerza Pública, conforme a lo establecido por la Constitución Política en su artículo 150, numeral 19, literal e).

Igualmente, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; el Decreto 1515 de 2007, mediante el cual se fijaron los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, entre otros cargos; y finalmente el Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto 1515 de 2007, y se dictaron otras disposiciones.

5.4.2. Del Derecho Constitucional a la igualdad.

El principio de igualdad es uno de los elementos más importantes del Estado Social de Derecho, contenido en el Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia¹². Por su condición de derecho abstracto, no se evidencia un resultado específico para su aplicación o vulneración, teniendo en cuenta que cada caso concreto contiene unas situaciones de hecho y actores que presentan diferencias y semejanzas.

Sin embargo, es importante advertir que la Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada le ha dado alcance a este principio, determinando

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C -432 de 2004.

¹² ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

13001-33-33-004-2018-00093-01

que este derecho busca dar un trato igual a quienes se encuentran en una misma posición fáctica y un trato diferencial a quienes se encuentren en una situación diferenciada. Para verificar si existe vulneración a mencionado principio, el intérprete de la ley debe considerar: “Dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación.”¹³

Así pues, en lo relacionado con el principio de igualdad en las Fuerzas Militares, se debe advertir la situación de hecho en las que están inmersos los oficiales, suboficiales y soldados profesionales:

OFICIALES	SUBOFICIALES	SOLDADOS PROFESIONALES
ARTÍCULO 03. CLASIFICACIÓN PARTICULAR DE LOS OFICIALES DE LAS ARMAS EN EL EJÉRCITO. Son oficiales de las armas en el Ejército todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de ejercer el mando y la conducción de los elementos de combate y apoyo de combate del Ejército en todos los escalones de la jerarquía militar. Los elementos de combate y de apoyo de combate en el Ejército, son aquellos que operan dentro de las modalidades y	ARTÍCULO 18. CLASIFICACIÓN PARTICULAR DE LOS SUBOFICIALES DE LAS ARMAS DEL EJÉRCITO. Son suboficiales de las armas del Ejército todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar con los oficiales en el mando y la conducción de los elementos de combate y de apoyo de combate del Ejército.¹⁵	ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.¹⁶

¹³ Corte Constitucional Sentencia C – 178 de 2014

¹⁵ Decreto Ley 1104 del 2006

¹⁶ DECRETO-LEY 1793 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000

características de la Infantería, la Caballería, la Artillería, los Ingenieros, la Aviación, la Inteligencia Militar y las Comunicaciones. ¹⁴		
--	--	--

A partir de esta distinción, es posible concluir que los soldados profesionales tienen una labor de campo en combate y no poseen ninguna facultad de mando para con los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares. Así pues, no se está frente a grupos que poseen características iguales con un tratamiento desigual. *Contrario sensu*, es evidente que, al ser grupos desiguales, el legislador tiene la posibilidad de plantear disposiciones disímiles.

5.4.3. De la prima de actividad.

En sentencia de 16 de abril de 2009¹⁷, el Consejo de Estado explicó que desde su creación, la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo. El Gobierno Nacional bajo las pautas trazadas por el Congreso de la República en cuanto al régimen prestacional de la Fuerza Pública, fijó a partir de varias normas lo concerniente a la prima de actividad, en los porcentajes correspondientes teniendo en cuenta para cada caso, los años de servicio y la condición del servidor, es decir si se trataba de Agente de Policía, Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En tal sentido precisó la corporación:

“La Prima de Actividad

Se hallan las siguientes disposiciones relevantes: El Decreto 613 de 1977 en su artículo 53 establece la Prima de Actividad para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, equivalente al 33% del respectivo sueldo básico: Prima de actividad Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al 33% del respectivo sueldo básico Igual que arriba con los decretos y sus artículos sobre esta prima El Decreto 2062 de 1984 en sus artículos 81 y 142 consagró: Artículo 81. Prima de actividad Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, que servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

¹⁴ Decreto Ley 1790 del 2000

¹⁷ Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Rad: 25000232500020021019401(2137-07).

(...)

El Decreto 0096 de 1989 preceptuó: Artículo 68. Prima de actividad Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, que servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.' Posteriormente los Decretos 1211 de 1990, artículo 84, 1212 de 1990, artículo 68 y 1214 de 1990, artículo 38, previeron la prima de actividad no solamente para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, sino también para los de las Fuerzas Militares y para los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, así: Decreto 1211 de 1990.

(...)

Artículo 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico. Decreto 1212 de 1990.

(...)

Artículo 68. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico. Decreto 1214 de 1990 Artículo 38. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones."

5.4.4. Régimen prestacional de los Soldados Profesionales.

En lo que tiene que ver con el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000, en su artículo 38, autorizó al Gobierno Nacional para su expedición, en los siguientes términos:

"Artículo 38. Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

Es así que el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 2000 cuyos artículos 1º y 2º definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios. De igual forma establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico.

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Hechos probados.

- Respuesta No. 20170423330348631 de 08 de noviembre de 2017 expedido por el Jefe de División de Nóminas-Armada Nacional, donde se deniega la pretensión de inclusión en nómina de la prima de actividad en favor del demandante.¹⁸
- Certificado de Nómina percibida por el demandante, donde consta el salario percibido y su calidad de Infante de Marina Profesional, expedido por el Director de Personal de la Armada Nacional.¹⁹

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Aterrizando al caso en estudio, considera la Sala que, no le asiste razón al demandante, cuando pretende que su asignación salarial y prestacional sea reajustada al añadir la prima de actividad, con el argumento que se vulneraría el principio constitucional a la igualdad y el principio de progresividad de los derechos sociales.

De las pruebas anotadas, es plausible inferir: i) el señor EVER FONSECA HERRERA, tuvo la condición de Infante de Marina Profesional, antecedido de ser soldado voluntario, y (ii) de lo devengado por el actor, tanto en su condición de Soldado Voluntario, como Infante de Marina Profesional, no se probó que devengó la prestación denominada prima de actividad.

La Sala considera, que toda entidad pública posee una estructura administrativa, esto es, los órganos y elementos que la integran, fijada por la Constitución Política o por normas legales, tales como leyes, ordenanzas y acuerdos, el primero para el caso de las entidades centralizadas y descentralizadas del orden nacional, y los últimos para el caso, para entidades territoriales, bien sea departamentales, distritales o municipales. A su vez, las entidades tienen una organización funcional, que complementa la estructura administrativa, en el sentido, que ostentan dependencias que realizan las funciones o tareas encaminadas a la materialización de su objeto de constitución.

A lo anterior, también se suma una planta de personal, que está diferenciada, por el tipo de tarea que realiza el personal, que pueden

¹⁸ Folio 6 cdr.1

¹⁹ Folio 7-8 cdr.1

circunscribirse en especializada, profesional, la cual por regla general la realizan personalidades que acrediten una formación educativa, académica y profesional en el respectivo ramo, de tal suerte, que éstos principalmente, realizan labores de representación, autoridad y mando, en virtud del cual, pueden expedir actos jurídicos o rendir conceptos, en el ejercicio de dichas atribuciones.

De otro lado, en esa misma planta de personal, existen rangos de empleos que para su ocupación y ejercicio, no requiere de una acuciosa formación profesional y académica, en la medida que los niveles de exigencias, en materia de requisitos, para el acceso al cargo, son menos exigentes respecto a las personas anunciadas en el párrafo que antecede, de tal manera, que este tipo de personal, posee una condición subordinada y de ejecución, respecto de las órdenes y directrices que imparten los superiores. Por esas razones, esas instituciones están provistas, dentro de sus estructuras, de jerarquías o rangos, en aras de diferenciar, qué personal debe cumplir tareas especialísimas, tales como labores de dirección, gerencia, manejo, conducción, operación y que personal, debe ejecutar labores meramente ordinarias o no principalísimas, verbi gracia, aquéllos que realizan actividades que ejecutan el objeto de la entidad; de ahí que, si bien todos estos ostentan la misma condición de trabajadores dentro de la entidad, pues, todos trabajan en común para la ejecución de su correspondiente objeto, se tiene que es factible que entre éstos, existan un trato diferente, por ejemplo, en el escenario salarial y prestacional, en razón a que la concreción de actividades especialísimas, se requiere de mayor formación profesional, educativa y de gestión, por lo que es dable, que para estas personas, existan prestaciones que contrapresten o retribuyan dicha labor y que no estén contempladas, para que aquéllos que no tengan esa condición. También, puede suceder el caso, que los empleados que efectúan atribuciones, que no sean del talante mencionado, pueden percibir prestaciones o asignaciones que no estén previstas, para el otro tipo de personal.

Concatenando el supuesto anotado al caso de las Fuerzas Armadas de Colombia, como institución que hace parte de la Fuerza Pública, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, se tiene que es una institución de carácter público, con atribuciones y actividades asignadas por la Constitución y por la ley, la cual está organizada y estructurada, a efectos de que los cometidos encomendados, principalmente, de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (inciso 2º artículo 217 C. P), se efectúen bajo los lineamientos

previstos por el ordenamiento jurídico y las normas internacionales que rigen en el Estado, de acuerdo al bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, se puede decir, que estructuralmente las Fuerzas Militares está compuesta, por el Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Área, donde, cada uno de estas Fuerzas, tienen tareas comunes, como son: garantizar la seguridad de los conciudadanos, pero también disímiles, respecto del ámbito o territorio donde garantiza esa seguridad, esto es, agua, aire o tierra²⁰. A su vez, esas Fuerzas, están dotadas de una planta de personal, constituida por un escalafón de cargos, que comprende la base para determinar dicho personal, conformada por unos rangos referidos a grados de oficiales, suboficiales incluso de soldado profesional, que se encuentran clasificados por Fuerza, arma, cuerpo y especialidad, donde la distinción entre los unos y los otros, se circunscriben en el ejercicio de funciones operacionales, logísticas, administrativas e incluso, en los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo.²¹

El legislador otorgó a cada personal, un régimen laboral y prestacional específico y distinto, atendiendo, precisamente, los rangos y jerarquías, y con ello, funciones de administración, logística y operatividad de esas Fuerzas, conformada por una carrera de personal de los oficiales y suboficiales y carrera de personal de soldados profesionales. Según el Decreto 1790 de 2000, la planta de oficiales y suboficiales para el caso de la Armada Nacional, está conformada de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 6. JERARQUIA. La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, Régimen Interno, Régimen Disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

OFICIALES (...)

2. Armada

a) Oficiales de Insignia

1. Almirante

2. Almirante de Escuadra

3. Vicealmirante

4. Contraalmirante

b) Oficiales Superiores

1. Capitán de Navío

²⁰ DECRETO 1790 de 2000. “ARTÍCULO 1. DEFINICIÓN. Las Fuerzas Militares de la República de Colombia son las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”

²¹ Ibídem

- 2. Capitán de Fragata
- 3. Capitán de Corbeta
- c) Oficiales Subalternos
- 1. Teniente de Navío
- 2. Teniente de Fragata
- 3. Teniente de Corbeta (...)

SUBOFICIALES

- 2. Armada
- a) Suboficial Jefe Técnico de Comando Conjunto
- b) Suboficial Jefe Técnico de Comando
- c) Suboficial Jefe Técnico
- d) Suboficial Jefe
- e) Suboficial Primero
- f) Suboficial Segundo
- g) Suboficial Tercero
- h) Marinero Primero
- i) Marinero Segundo"

A su vez, como ya se anotó en acápites anteriores, los Soldados Profesionales, poseen una regulación en materia de carrera y estatuto de personal, distinta al de los oficiales y suboficiales, consagrada en el Decreto 1793 de 2000, por consiguiente, tienen un régimen prestacional distinto de aquéllos, establecido en el Decreto 1794 de 2000, en la cual se previó o se enlistó los emolumentos prestacionales a la que tienen derecho devengar, de donde se colige, que esa norma no contempló el pago, para este personal, de la prima de actividad, concebida para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en virtud del Decreto 1211 de 1990.

Nótese, que dentro de la estructura de las Fuerzas Militares, existe una clara diferenciación de la planta de personal, donde se encuentran, por un lado los Oficiales y Suboficiales, con su respectivo régimen salarial y prestacional, y por el otro, los Soldados Profesionales con su respectivo régimen.

Precisamente, esa diferenciación se debe a que los Oficiales y Suboficiales, como lo señala la norma que regula su carrera, ejercen funciones administrativas, de operación y logística, lo que los reviste, según el grado o rango, de autoridad y mando dentro de las institución, de tal suerte que para la debida ejecución de ese mando, se requiere de una formación adecuada, la cual es adquirida, previamente, al interior de las Fuerzas Armadas. Contrario sensu, en el caso de los soldados profesionales, éstos a la luz del artículo 1º del Decreto 1793 de 2000, se definen como “varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la

ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas", es decir, las tareas que éstos efectúan, se erigen en el cumplimiento de las directrices de las oficiales y suboficiales, en el sentido que deben ejecutar operaciones militares, asignadas por los oficiales y suboficiales, puesto que son ellos los que tienen asignadas tareas de operatividad y logística, luego entonces, se tiene que los soldados profesionales, deben cumplir funciones en un grado de subordinación.

Ahora, no por el hecho de que si bien tanto Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales, tienen la tarea común de garantizar la seguridad de los Colombianos, éstos deban asimilarse, en todos los aspectos, incluso salarial y/o prestacional, pues, se insiste, existe una clara diferenciación en las labores que realizan los primeros, de los soldados profesionales. Ese grado de distinción expuesto, permite que el legislador le asigne a cada personal, su tipo de regulación salarial y prestacional, que si bien están en la misma organización, poseen normativas prestacionales específicas que los distinguen, por lo tanto, es factible deducir, que cada uno de aquéllos se encuentran en situaciones fácticas diferentes, precisamente, gracias al rango, jerarquía y funciones que desempeñan.

A parte de lo anterior, debe decirse, que en relación a la prima de actividad, que devengan los oficiales y suboficiales, en virtud del Decreto 1211 de 1990, se evidencia que esta prestación, desde su constitución, siempre se previó para el personal mencionado y la Sala encuentra esa razón de ser justificada, en tanto, es una contraprestación a la misma actividad que ellos desempeñan, referida al mando, gestión y autoridad.

Esa diferenciación de regulación prestacional, en la que se concibe para los oficiales y suboficiales el pago de una prima de actividad y para los soldados profesionales, para la Sala, no es fuente de vulneración al derecho de la igualdad de los últimos, toda vez que, se encuentran en situación fáctica distinta a los primeros, en razón a las funciones y tareas que efectúan, ejercidas bajo un contexto de subordinación y menor exigencia en cuanto a los requisitos para acceder al empleo, por lo que bajo la naturaleza e intención con que fue creada esa prestación, que no es otra que privilegiar ciertos rangos por su misma condición, se colige que los únicos destinatarios de ésta, son los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. En este entendido, contrario a lo que predica el demandante, se da estricto cumplimiento a lo señalado en la sentencia C – 432 de 2004, pues, la interpretación que ahí se consigna, no hace sino señalar, que las

prestaciones especiales para la Fuerza Pública, tienden a “equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente”.

En ese sentido, al no observarse la violación al derecho de igualdad de los soldados profesionales, en relación con la prima de actividad que devengan en los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, no es procedente declarar la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 1794 de 2000, habida cuenta que para la Sala, es justificado que exista en tratamiento diferente en materia prestacional dentro de las Fuerzas Militares, puesto que se debe a razones objetivas, como lo es, la existencia de rangos y de funciones.

Así las cosas, estima la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

5.6. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

VI. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el doce (12) de abril de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

13001-33-33-004-2018-00093-01

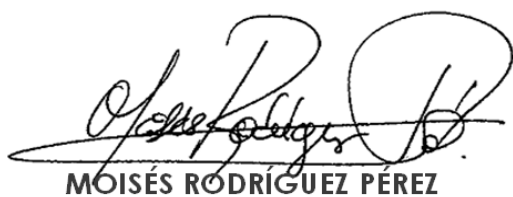
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas hacen parte del proceso de radicado No. 13001-33-33-004-2018-00093-01.

Firmado Por:

José Rafael Guerrero Leal

Magistrado

Mixto 005

Tribunal Administrativo De Cartagena - Bolivar

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: **d93739d1d951c0429929bcf43c98e528b04d7d41df6bb55f82d46202624d558c**

Documento generado en 27/08/2021 03:46:02 PM