



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

MAG. P.: Dr. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	JUAN GREGORIO BERLTAN PARDO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
PROVIDENCIA	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 025
RADICACIÓN	41-001-33-33-001-2017-00055-01
APROBADA EN SALA	SEGÚN ACTA No. 014 DE LA FECHA

ASUNTO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 28 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Neiva, mediante la cual se declararon probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y se denegaron las súplicas de la demanda.

1. LA DEMANDA

JUAN GREGORIO BORRERO HENAO, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demanda la nulidad del oficio 20165660730941: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 9 de junio de 2016, a través del cual el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional le negó el reconocimiento, pago e inclusión de la *prima de actividad* al 49.5% del salario básico del actor.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que declare el reconocimiento del factor salarial de la

prima de actividad al 49.5% del salario básico, aplicando la prescripción cuatrienal desde la fecha de petición el 25 de mayo de 2016, cancelando además, la indexación e intereses de ley hasta el pago total de la obligación y que se condene en costas al entidad demandada.

1.1. Sustenta lo anterior en los siguientes HECHOS:

- Que se encuentra actualmente vinculado a la Fuerza Pública, como Soldado Profesional en el Ejército Nacional.
- Sostiene que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina son los únicos miembros de la Fuerza Pública que estando en servicio activo no devengan Prima de Actividad, a la cual tienen derecho incluso los civiles que prestan sus servicios en el Ministerio de Defensa.
- A través de petición de 25 de mayo de 2016, solicitó a la Nación – Ministerio de Defensa, el reconocimiento de una Prima de Actividad equivalente al 49,5% del salario básico, invocando el derecho a la igualdad frente a los demás miembros de las Fuerzas Militares, lo cual fue resuelto de forma desfavorable mediante el oficio No. 20165660730941: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 9 de junio de 2016, firmado por el Teniente Coronel Néstor Jaime Giraldo Giraldo – Oficial Sección Nómina.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

La parte actora invocó como normas violadas los artículos 2, 4, 6, 13, 29 y 53 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 131 de 1985, el Decreto 4433 de 2004, los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y los Decretos 1211 y 1214 de 2000.

Sostuvo que en virtud de la primacía de la Constitución, se deben inaplicar por inconstitucionales las normas que no consagran el reconocimiento de la Prima de Actividad a favor de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina.

Manifestó que el acto acusado se encuentra incurso en la causal de nulidad de infracción de las normas en que debería fundarse, pues

desconoce los derechos de los Soldados Profesionales, entre ellos el derecho a la igualdad.

Sostuvo que existe una omisión legislativa y un trato discriminatorio de dicho personal, frente a los demás miembros de la Fuerza Pública, a quienes sí se les reconoce la referida prestación.

Citó el contenido de los artículos 84, y 158 a 160 del Decreto 1211 de 1990 que consagran la Prima de Actividad a favor de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y la inclusión de dicha partida para efectos de la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones del mismo personal.

Agregó que el Decreto 2863 de 2007, que modificó el Decreto 1515 del mismo año, incrementó el monto de la Prima de Actividad del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, así como el artículo 30 de los Decretos 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015 y 214 de 2016, que han consagrado la Prima de Actividad para el personal de la Fuerza Pública equivalente al 49,5% de su sueldo básico.

Invocó la aplicación del principio de progresividad y aludió a varios pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, como las sentencias C-038 de 2004, C-251 de 1997, SU-225 de 1998, c-1489 DE 2000, C-671 de 2002 y T-1318 de 2005.

2. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** (fl. 29-40 C. Ppal.).

La entidad se opone a todas y cada una de las pretensiones, así como a la estimación de la cuantía, por no existir presupuesto de hecho ni razones jurídicas suficientes para que el acto demandado se declara viciado de nulidad.

Afirma que es claro que la normatividad vigente no contempla el reconocimiento y pago de la prima de actividad a favor de los soldados profesionales, en consecuencia, el acto administrativo demandando se encuentra ajustado a derecho, pues al realizar la comparación de las asignaciones que devengaban los soldados voluntarios con la Ley 131 de 1985 y la actual asignación que tienen los soldados profesionales, se observa que no se consagró la prima de actividad en el régimen de

soldados voluntarios o profesionales, razón por la cual no fueron relacionados para efectuar el incremento de la prima de actividad.

Como excepciones señala las siguientes: *i) legalidad del acto demandado – inexistencia del derecho; ii) principio de favorabilidad; iii) relatividad del derecho a la igualdad, iv) inescindibilidad de la norma, v) ausencia de causales de nulidad; vi) prescripción de los derechos laborales.*

Sostiene que el actor no tiene derecho a la prima de actividad en aplicación del Decreto 2863 de 2007 y Decreto 1211 de 2000, porque no cumple con los requisitos en ella contenidos, es decir, no tienen la calidad de oficial o suboficial, situación que impide claramente acceder al derecho reclamado.

Advierte que la negativa de la entidad se encuentra ajustada a derecho, pues se emitió por autoridad competente y con observancia de la normatividad especial y vigentes para la época de los hechos y la calidad de militar del actor.

En cuanto al principio de favorabilidad, señala que el mismo no se puede aplicar al presente caso, puesto que este principio está llamado a dilucidar situaciones donde el funcionario se enfrente a una duda contundente frente a dos normas aplicables a un mismo caso y en el presente evento hay claridad en la normatividad dispuesta por los legisladores por lo que no existe un manto de duda al respecto.

Frente al derecho a la igualdad, aduce que no puede pretenderse su aplicación irrestricta de normas de manera general en casos aparentemente similares, que analizados detenidamente corresponde a asuntos diferentes o que no convocadas circunstancias totalmente iguales, que en el presente caso se presenta una diferenciación legítima, pues el reajuste ordenado en el Decreto 2863 de 2007, no es aplicable a quienes para esa fecha ya tenían situaciones consolidadas y derechos adquiridos en vigencia de normas anteriores aplicables a su caso concreto.

Afirma que en este caso no es posible aplicar parcialmente normas de uno u otro régimen, ni siquiera en virtud al principio de favorabilidad, por lo que violaría el principio de inescindibilidad de las normas.

Que no existe una falsa motivación en el acto demandado, por cuanto se cumplieron cabalmente los requisitos de Ley para haber tomado la presunta decisión y que en el caso de acoger las pretensiones se de aplicación a la prescripción regulada en el Decreto 1211 de 1990.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 67-69).

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Neiva, a través de sentencia dictada en audiencia del 28 de septiembre de 2017, resolvió declarar probadas la excepciones propuestas, negar las pretensiones y sin condenar en costas al no haber prueba de ellas.

Como sustento de la decisión, manifestó que la Prima de Actividad fue creada como un incentivo para la vinculación a la Fuerza Pública, dado el riesgo que implica dicha actividad y que el Decreto 1211 de 1990, en su artículo 84, consagró una Prima de Actividad a favor del personal activo de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, equivalente al 33% de su sueldo básico y que el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, incrementó dicha prima en un 50%.

Precisó que el Consejo de Estado, al analizar una demanda de nulidad formulada contra el citado artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, en tanto incrementó la Prima de Actividad para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública pero no para los *Agentes* de la Policía Nacional, consideró que estos no se encuentran en las mismas circunstancias que aquellos, pues existen diferencias en aspectos como las funciones, nivel del cargo, responsabilidades, entre otros, razón por la cual, no es dable considerar que existe una vulneración del derecho a la igualdad de los Agentes frente al personal de la Fuerza Pública beneficiario del incremento de la Prima de Actividad.

Adujo que las consideraciones expuestas por el Consejo de Estado dentro de la sentencia proferida en el citado proceso de nulidad, resultan aplicables al presente caso, pues los Soldados Profesionales tampoco se encuentran en las mismas condiciones que el personal de la Fuerza Pública beneficiario de la Prima de Actividad, razón por la cual, las diferencias que existen en materia salarial entre unos y otros, se encuentran justificadas y no implican una vulneración del derecho a la igualdad de los primeros.

En consecuencia, consideró que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, por lo tanto, denegó las pretensiones de la demanda.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 77-96).

El demandante interpone recurso de apelación y reiteró que en el presente caso se debe inaplicar por inconstitucional el Decreto 1794 de 2000 que no incluyó la Prima de Actividad a favor del personal activo de soldados Profesionales y en su lugar aplicar el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, que consagra ese derecho a favor de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

De igual forma, resaltó que de no reconocerse la prima de actividad, se le estaría dando un trato discriminatorio injustificado frente a los miembros de la Fuerza Pública que sí la perciben, lo cual, a su vez, constituye un desconocimiento de lo previsto en el literal e) del numeral 19 artículo 150 de la Constitución Política, así como de la Ley 4ª de 1992, normas según las cuales el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de los miembros de la Fuerza Pública, no podrá desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA

5.1. Parte demandante (Fls. 27 C. 2 inst.)

Guardó silencio.

5.2. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (Fls. 14-25 C. 2 inst.)

Reitera en su integridad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

5.3. Ministerio Público.¹

No rindió concepto.

¹ F. 20 C. 2 instancia

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Como el *a quo* negó las pretensiones del demandante y dado el recurso de apelación invocado por el demandante, la Sala procederá a establecer si *¿JUAN GREGORIO BORRERO HENAO, en su condición de soldado profesional del Ejército Nacional, tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL- le reconozca y pague de forma retroactiva e indexada, la prima de Actividad equivalente al 49,5% de su salario básico mensual?*

2. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES APLICABLES

La Ley 131 de 1961 creó la *prima de actividad* en beneficio del "*personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo*" y del "*personal civil al servicio de las Fuerzas Militares*", con exclusión del "*personal de la Justicia Penal Militar*".

Posteriormente, el Decreto 188 de 1968, la consagró de nuevo pero con reglas diferentes, pues la extendió a los Agentes de la Policía Nacional, excluyó al personal de la Justicia Penal Militar y a la Procuraduría Delegada de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, la hizo uniforme para el personal civil, sin tener en cuenta el valor del sueldo, aumentó su cuantía y la sometió a un sistema de reajuste para oficiales y suboficiales y de incrementos para ellos y los agentes de la Policía Nacional.

Después, el Decreto extraordinario 2337 de 1971 y luego, los Decretos 609 de 1977² y 089 de 1984³, extendieron este beneficio solamente al personal de la Fuerza Pública en servicio activo.

Para el efecto de establecer si la prima de actividad debe ser reconocida a los soldados profesionales, debe tenerse en cuenta que la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de

² Por medio del cual se reorganiza la Carrera de Agentes de la Policía Nacional

³ Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública compete al legislador y al Presidente de la República, la cual se desarrolla atendiendo las determinadas previsiones a que se refiere el artículo 150, numeral 19, literal e, de la Constitución Política, que dispone:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

19. Dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública. (...)”

Es así como el Congreso de la República, en ejercicio de su competencia principal de hacer las leyes, tiene el deber constitucional de estatuir el marco general, los objetivos y directrices que orientarán al Presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado, y dentro de estos, los adscritos a la Fuerza Pública⁴.

A fin de proferir el mencionado régimen salarial y prestacional, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo nacional, desarrollan una competencia concurrente, la cual permite que el Congreso actúe, en primer término, trazando una línea general, para que luego el Presidente dentro del marco por este diseñado, lo proceda a dotar de contenido. De esta forma, a través de una *“ley marco o cuadro”* el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse la materia, correspondiéndole al Presidente de la República el desarrollo de tales parámetros por medio de decretos⁵.

Fue así como esa ley marco, ordenada por el artículo 150, numeral 19, literal e del Estatuto Superior, fue cristalizada en la Ley 4^a de 1992 que fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales⁶, incluyendo por supuesto a los miembros de la fuerza pública.

⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-654 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-608 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-292 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-835 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-101 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-781 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶ Ley marco de salarios y prestaciones sociales “mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación

La Corte Constitucional en varios pronunciamientos ha analizado la distribución de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República para regular materias sujetas a ley marco, determinando con ocasión de dicho análisis que los decretos que profiere el Presidente para desarrollar esta tipología de ley, son de naturaleza meramente administrativa o ejecutiva, correspondiéndoles su control de constitucionalidad al consejo de Estado⁷.

Como se estableció, el artículo 150 en su numeral 19, literal e), exige que la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, se regule a través de la tipología constitucional de la ley marco.

Adicionalmente, el artículo 217 Superior estatuye lo siguiente:

“La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

De otra parte, la Ley 100 de 1993 excluyó del sistema general de seguridad social a los miembros de la fuerza pública, de tal forma que se dispuso en su artículo 279 lo siguiente:

“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 (...)”.

Con base en las disposiciones legales transcritas, es dable establecer que los integrantes de la Fuerza Pública ostentan un régimen prestacional especial; entendido este como *“aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en*

de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-129 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad”⁸.

La existencia de un régimen especial prestacional de seguridad social, implica la imposibilidad de someter a sus beneficiarios al sistema normativo general (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003) y por el contrario, su especialidad conduce a crear o regular distintas modalidades de prestaciones que permitan reconocer el fin constitucional que legitima su exclusión del sistema general, es decir, *“es indispensable adoptar medidas de protección superiores, en aras de propender por la igualdad material, la equidad y la justicia social de las minorías beneficiadas con la especial protección prevista en la Constitución”⁹.*

El establecimiento por el legislador de un régimen prestacional especial para los integrantes de la Fuerza Pública, encuentra su razón de ser habida cuenta del riesgo latente que envuelve la función pública que desarrollan, aparejado de la diversidad de vínculos jurídicos a los que se refiere el artículo 123 de la Carta Política para acceder a la función pública y que conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones.

La Corte Constitucional, en diversas oportunidades, ha reconocido que la diversidad en el tratamiento prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene su origen en la naturaleza riesgosa de las funciones que desarrollan y que, a su vez, cumple con el fin constitucional de compensar el desgaste físico y mental que implica el estado latente de inseguridad al que se somete al militar y a los miembros de su familia durante largos períodos de tiempo.¹⁰

Ha concluido la Corte Constitucional que con el régimen prestacional especial de los integrantes de la Fuerza Pública, *“no se trata de reconocer privilegios o prerrogativas que desborden el contenido prestacional de la garantía a la seguridad social”*, es decir, la regulación especial que para el efecto establezca, debe enmarcarse dentro del fin constitucional que cumplen los preceptos superiores que la autorizan (C.P. artículos 150, numeral 19, literal e) y 217 y 218), y, además, debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. En esta medida, dichas prestaciones resultan razonables y proporcionales si permiten nivelar a los

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-101 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

miembros de la fuerza pública con el resto de servidores del Estado, a través del señalamiento de derechos prestacionales que repongan el desgaste físico y emocional a que se someten los primeros, principalmente en razón de sus servicios¹¹.

En ese sentido y dada la naturaleza especial del personal vinculado a la Fuerza pública como soldados profesionales, se expide el Decreto 1794 de 2000 “*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, en cuyo articulado se señala los emolumentos y prestaciones sociales a que tienen derecho:

ART. 1º —Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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 sesenta por ciento (60%).

ART. 2º—Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

PAR.—Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1º de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

ART. 3º—Prima de servicio anual. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento 50% del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de julio.

PAR. 1º—Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio,

¹¹ *Ibídem.*

liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.

PAR. 2º—Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de noventa (90) días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.

*ART. 4º—**Prima de vacaciones.** A partir de la vigencia del presente decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá—para las vacaciones causadas a partir del (1º) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente decreto.*

Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la fuerza respectiva.

*ART. 5º—**Prima de navidad.** El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará (sic) en el mes de diciembre.*

PAR. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

*ART. 6º —**Pasajes por traslado.** El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo que sea trasladado en forma individual dentro de las guarniciones del país, tendrá derecho al reconocimiento de sus respectivos pasajes.*

*ART. 7º—**Pasajes por comisión.** El soldado profesional de las Fuerzas Militares que cumpla comisiones individuales del servicio dentro del país, tendrá derecho a los pasajes correspondientes.*

En las comisiones transitorias en el exterior, el soldado profesional tendrá derecho al suministro de sus pasajes.

Las comisiones asignadas en el cumplimiento de órdenes de operaciones, según las misiones dadas a la respectiva fuerza, no darán derecho a pasajes individuales.

*ART. 8º—**Vacaciones.** A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional tendrá derecho a treinta (30) días calendario de vacaciones remuneradas por cada año de servicio cumplido, las cuales se distribuirán en tres períodos teniendo en cuenta el reentrenamiento y las necesidades del servicio.*

*ART. 9º—**Cesantías.** El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el*

fondo o fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional.

ART. 10.—Vivienda militar. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional podrá participar en los planes y programas que en materia de vivienda ofrecen la Caja Promotora de Vivienda Militar, u otras entidades públicas o privadas que tengan por objeto adelantar este tipo de programas.

ART. 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...”

Por tanto, la normativa que establece la regulación ordinaria de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, no resulta ser aplicable a los soldados profesionales, pues como ya se ha explicado, el régimen salarial y prestacional de los soldados e infantes de marina profesionales es de carácter especial, requiriendo, como se hizo para la implementación del subsidio familiar de una normativa particular, en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Sin embargo, las consideraciones efectuadas respecto de la naturaleza, principios, teleología, propósito y objetivos que persigue la prima de actividad, desde su creación hasta nuestros tiempos solo son observables y atendibles para los uniformados oficiales y suboficiales.

El Decreto 1794 de 2000 se expidió en uso de facultades conferidas en la Ley 578 de 2000 y el Decreto 3770 de 2009 y por ende, es el régimen salarial y prestacional de los integrantes de la Fuerza Pública, dentro de los cuales se encuentran los soldados e infantes de marina profesionales

De otro lado, también se precisó anteriormente que en ejercicio de las facultades consignadas en el literal e) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso expidió la Ley 4 de 1992, mediante la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestación de los integrantes de la Fuerza Pública, esto es la respectiva ley marco.

Entonces, es claro que los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se expidieron en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, y por tanto, se trata de

actos administrativos reglamentarios con carácter ejecutivo, que si bien se circunscriben a un ámbito más amplio que el señalado en la Constitución para los decretos expedidos en desarrollo del artículo 189, numeral 1, no pueden ser considerados como con fuerza de ley.

Al examinar las primeras normas citadas, se concluye que la prima de actividad es una prestación que se paga a los miembros activos de la fuerza pública y que luego se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, teniendo en cuenta un porcentaje gradual del sueldo básico según los años de servicios¹².

3. CASO CONCRETO.

Pretende el actor se declare la nulidad del Oficio No. 20165660730941: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 9 de junio de 2016, mediante el cual la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL le negó el reconocimiento y pago de la inclusión de la prima de actividad al 49.5% de su salario básico, con fundamento en el Decreto 1794 de 2000, en el que se establece que la prima de actividad no es reconocida al personal de soldados profesionales.

Igualmente sostuvo que el Decreto 1211 de 1990 -artículo 84- y el Decreto 1214 de 1990, que establecen la prima de actividad para los *oficiales, suboficiales y personal civil* de las Fuerzas Militares en servicio activo, no es aplicable a los Soldados Profesionales, pues advirtió que entre que unos y otros, además de salvaguardar la seguridad de la población civil y de tener a su cargo la defensa del territorio nacional, los primeros tienen a su cargo personal en ejercicio de funciones de dirección, aspecto que genera una diferenciación en acatamiento de las jerarquías establecidas al interior de la institución.

Aduce que no se puede hablar de vulneración del derecho de igualdad, por cuanto que los soldados, suboficiales, oficiales y personal civil, cumple con un nivel de preparación distinto a cada uno, al igual que sus funciones son distintas, por lo que no existen similitudes en el desempeño del cargo para que se configure tal vulneración.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”, Sentencia del 16 de abril de 2009. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07).

El *a quo* negó las pretensiones conforme al precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y sostuvo que al actor no le son aplicables las disposiciones contenidas en los Decretos 4433 de 2004, 1793 y 1794 de 2000, 1211 de 1990 y 1214 de 2000, por cuanto dicha normativa no le es extensiva, al no existir diferenciación ni vulneración del derecho a la igualdad frente al no reconocimiento e inclusión de la partida prima de actividad, motivo por el cual el apoderado de la parte demandante recurre la decisión de primera instancia reiterando que existe una flagrante vulneración al derecho de igualdad y una discriminación salarial frente a los soldados profesionales.

Conforme a las pruebas legalmente allegadas al proceso, la Sala tiene por acreditado, en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, los siguientes aspectos:

- ✓ JUAN GREGORIO BORRERO HENAO se encuentra vinculado al Ejército Nacional, así¹³:

Cargo o grado	Período
SERVICIO MILITAR DIPER	05/09/1996 A 27/06/1998
SOLDADO VOLUNTARIO	15/07/1998 A 31/10/2003
SOLDADO PROFESIONAL	01/11/2003

- ✓ De los comprobantes de nómina del actor obrantes a folios 59 a 105, en concordancia con el contenido del acto administrativo demandado se desprende que el señor Juan Gregorio Borrero Henao, en su calidad de Soldado Profesional del Ejército Nacional, no devenga dentro de sus haberes mensuales, la Prima de Actividad.
- ✓ - A través de petición radicada el 25 de mayo de 2016, el Soldado Profesional Juan Gregorio Borrero Henao, solicitó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, el reconocimiento y pago retroactivo de una Prima de Actividad equivalente al 49,5% del sueldo básico mensual (fl. 12).
- ✓ Mediante Oficio 20165660730941: MDN-CGFM-COEJC-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 09 de junio de 2016, firmado por el Teniente Coronel Néstor Jaime Giraldo Giraldo – Oficial Sección Nómina, negó la solicitud de reconocimiento y pago de la Prima de Actividad, al considerar “Con relación a la solitud, donde requiere

¹³ Folio 58 del cuaderno principal

reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49.5% y el sueldo básico en servicio activo, aplicando la prescripción cuatrienal desde la fecha de petición, junto con la indexación e intereses de Ley hasta la fecha del pago de la obligación, me permito comunicar que no es posible atender de manera favorable lo solicitado, ya que en virtud al Decreto 1794 de 2000 “por el cual se expide el Régimen de carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, mencionada prima no es reconocida al personal de soldados profesionales.” (fl. 13).

De las pruebas oportuna y legalmente aducidas en el proceso, la Sala observa que el demandante para el mes de noviembre de 2016, figuraba vinculado al Ejército Nacional y según desprendible de nómina visible a folio 105 del expediente, devenga mensualmente los siguientes haberes: *sueldo básico, seguro de vida subsidiado, bono orden público y prima soldado voluntario.*

De acuerdo a lo anterior, es del caso precisar que el régimen prestacional aplicable al actor al prestar sus servicios al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional como soldado profesional es el Decreto 1794 de 2000, régimen este que NO contempla la prima de actividad como prestación social a devengar por los soldados profesionales.

Ahora bien, el recurrente solicita que se inaplique por excepción de inconstitucionalidad conforme al artículo 4° de la Constitución, el Decreto 1794 de 2000, para que en su lugar se aplique el Decreto 1211 de 1990 o 1214 de 1990, que se establece el reconocimiento de la prima de actividad, por lo que es del caso analizar si por vía de excepción es procedente dicho reconcomiendo.

La Sala encuentra que en este caso no procede dar aplicación a la figura de la excepción de inconstitucional haciendo referencia a la vulneración del derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales, suboficiales y civiles del Ministerio de Defensa, pues tal circunstancia fáctica no se presenta en este caso, esto es, no se da la vulneración al derecho de igualdad, por cuanto al aplicar el test de igualdad que se exige en estos casos, se concluye que el actor no se encuentra en igualdad de condiciones que los oficiales y suboficiales.

En efecto, se observa que el legislador estableció razones objetivas para establecer regímenes diferentes entre estos funcionarios, puesto que las calidades, responsabilidades, obligaciones que se exigen a unos y a

otros son factores que justifican la diferencia en los reconocimientos salariales y prestacionales.

Debe tenerse en cuenta que la prima de actividad en el personal activo se otorga conforme a los criterios que obedecen a circunstancias como el grado de responsabilidad, la funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder a cada grado.

Ahora bien, los criterios de diferenciación en el presente caso, obedecen a factores razonables que el legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos acorde con las exigencias de la carrera oficial, se justifican la distinción salarial y es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones.

Por lo anterior, la circunstancia que a los soldados profesionales del Ministerio de Defensa, conforme a su régimen salarial y prestacional, no se les tenga en cuenta la prima de actividad, como si se les reconoce a los oficiales y suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se encuentra justificada en que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe trasgresión del derecho a la igualdad.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹⁴, al examinar si los soldados profesionales tenían derecho al subsidio familiar tal como lo devengan los oficiales y suboficiales de la institución militar, explicó que la invocación de la vulneración al principio de igualdad, entre otros, ha sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio¹⁵, el cual a su vez, se vio

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. C.P. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. RAD. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19

¹⁵ Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación:

reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016¹⁶, empero, que a esa fecha aún no se había proferido un criterio unificador en la materia.

Por ello, procedió a verificar dicha hipótesis, acudiendo al test de igualdad para determinar si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales y adujo que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad automática¹⁷, pues existen medidas que otorgan un trato desigual, basadas en circunstancias objetivas y razonables, por lo que se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: *“(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad”*¹⁸, es decir, que la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad.

En conclusión, considera la Sala que el acto administrativo acusado no está incurso en causal de nulidad alguna, puesto que conforme a los hechos facticos expuestos, es claro que no existe vulneración al derecho de igualdad por parte de la entidad demandada, al no reconocer la prima de actividad al actor en su condición de soldado profesional y por ende, debe confirmarse la sentencia de primera instancias y negar las pretensiones reclamadas.

4. CONDENA EN COSTAS

110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

¹⁷ T-587 de 2006.

¹⁸ Ibidem.

En cuanto a las costas¹⁹, la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es que aparezcan causados y comprobados los gastos en que incurrió la parte vencedora del litigio, en consonancia con el artículo 365 del C.G.P. para los efectos de la liquidación; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas y se acerque un poco más a un criterio objetivo-valorativo.

En reciente decisiones, el Consejo de Estado precisó que tal condena solo procede en cuanto aparezcan probadas los gastos en que incurre la parte vencedora del proceso²⁰.

En el caso examinado no hubo condena en costas, la Sala confirmará esta decisión y en esta instancia, atendiendo los criterios antes citados, al no existir prueba de gastos u otras expensas a cargo del demandante, no se le condenará en costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Sexta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Neiva.

¹⁹ Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 v ss. CGP).

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub sección A. Sentencia del 8 de febrero de 2018. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16) y Sección Cuarta. **Sentencia del 28 de febrero de 2019**. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad.: 20001-23-33-000-2014-00022-0 1 (22160)



SEGUNDO: SIN condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme la providencia, remítase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado Ponente

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado