



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**SALA DE DECISIÓN No. 6**  
**MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Tunja, **13 JUN 2018**.

<b>Demandante</b>	Miguel Ángel Correa Nomezque
<b>Demandado</b>	Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional
<b>Expediente</b>	150013333-015-2016-00315-01
<b>Medio de control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
<b>Tema</b>	Confirma sentencia de primera instancia – niega reconocimiento prima de actividad.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante (Fls 83-92), en contra de la sentencia del 22 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda (Fls 75-85).

### I. ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA (Fls. 2-11).

El señor Miguel Ángel Correa Nomezque a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad del acto administrativo No. 20165660678641:MDM-CFGM-COEJ-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 28 de mayo de 2016, mediante el cual se negó el reconocimiento de la prima de actividad al 49.5% del salario básico del actor.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49.5% del salario básico, desde el 20 de mayo de 2016.

#### 1.1 Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Afirmó que en la actualidad el demandante es funcionario activo, en calidad de soldado profesional del Ministerio de Defensa Armada Nacional y que su vinculación estuvo regida por los parámetros establecidos en la ley 131 de 1985.



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Que en servicio activo, los soldados profesionales e infantes de marina, son los únicos funcionarios del Ministerio de Defensa nacional que no devengan prima de actividad, pues los funcionarios de dicho ministerio, tanto civiles como militares devengan dicha prestación.

Que conforme al artículo 216 de la Constitución, todos los miembros de las fuerzas militares cumplen un mandato constitucional.

Es así que mediante oficio de 20 de mayo de 2016, se elevó petición ante el Ministerio de Defensa, con la finalidad que se procediera al reconocimiento de la prima de actividad al 49.5% del salario básico, por derecho a la igualdad con los demás funcionarios de las fuerzas militares.

Finalmente precisó que a partir de julio de 2007 la prima de actividad de los funcionarios en servicio activo es del 49.5% de conformidad con el decreto 1515 de 2007 y la ley 4 de 1992.

## **1.2 Normas violadas**

Invocó como normas violadas las previstas en las siguientes disposiciones: artículo 2, 3, 6, 13, 29, 53 de la Constitución, ley 4ª de 1992, artículo 10; ley 131 de 1995, decreto 4433 de 2004, decretos 1793 y 1794 de 2000, decreto 1211 y 1214 de 2000.

## **2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena, al considerar que la entidad no ha incurrido en violación a normas de normas del rango constitucional y legal.

En tal sentido indicó que no se ha procedido con el reconocimiento pretendido, pues de conformidad con el decreto 1794 de 2000, a los soldados profesionales dicha disposición no contempla su reconocimiento, razón por la cual no se presente desigualdad.

Presentó la excepción que denominó:

- **Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demanda:**

Sostuvo que el decreto 1794 de 2000 *"por el cual se estable el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares"*, no contempla la prima de actividad a los soldados profesionales, ya que la calidad del sujeto pasivo de la prestación no es el



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
***Nulidad y Restablecimiento del derecho***

MG

sujeto del soldado profesional, lo es del oficial y suboficial, tal como lo indica el artículo 84 del decreto 1211 de 1990.

Adujo que no es posible aplicar el principio de igualdad alegado en la demanda, en la medida que los sujetos pasivos de la ley no se encuentran en las mismas condiciones, pues cada uno de ellos ejerce funciones específicas y diferentes, aunado que al haberse excluido a los soldados profesionales de la prima de actividad, conforme al decreto 1211, tal circunstancia obedeció a la autonomía del gobierno nacional.

### **3.- SENTENCIA APELADA (Fls 75-85)**

El Juzgado Quince Administrativo Oral de Tunja, en desarrollo de la audiencia inicial celebrada el 22 de agosto de 2017, resolvió declarar probada la excepción propuesta por la entidad y en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

Para arribar a dicha consideración indicó que al encontrarse probado que el actor presta sus servicios el ministerio de Defensa Nacional como Soldado Profesional, el régimen salarial y prestacional que rige para efectos de la determinación de su salario, es el contemplado en el decreto 1794 de 2000, que no previó dentro de las prestaciones sociales devengadas por los soldados profesionales la prima de actividad.

En relación a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad solicitada por el accionante, haciendo referencia a la vulneración del derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa; precisó que cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios frente a quienes se encuentran sometidos a uno u otro régimen, ello configura una discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento al derecho a la igualdad.

Sin embargo, dicha situación no es la que se presenta en sub judice, pues no existe vulneración al derecho a la igualdad al haberse aplicado el régimen especial al demandante, esto es, el decreto 1794 de 2000. Y que como el mismo no consagra el reconocimiento de la prima de actividad para los soldados profesionales, en tanto que el decreto 1211 de 1990, sí lo consagra para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, ello no implica vulneración al derecho a la igualdad.

Aunado a que el legislador ha establecido diferentes prestaciones teniendo en cuenta la jerarquía, los cargos que ostentan diferentes funciones y



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

responsabilidades, los requisitos de ingreso, el tiempo de **experiencia y de servicio**.

En tales consideraciones, negó las pretensiones de la demanda, fundamento con el que condenó en costas a la parte actora.

#### **4.- RECURSO DE APELACION (Fls 83-92)**

Con escrito de 04 de septiembre de 2017, el apoderado de la parte demandante, presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por el *a quo*.

En tal sentido reiteró la solicitud de inaplicación por **excepción de inconstitucionalidad**, al no incluir el decreto 1794 de 2000 la **prima de actividad** o en su defecto, aplicar el decreto 1211 de 1990, en las prestaciones salariales de los soldados profesionales e infantes de marina, respecto de todos los funcionarios del Ministerio de Defensa que sí devengan la prima de actividad en servicio activo y se les **tiene en cuenta como partida prestacional** en la asignación de retiro.

Indicó que la inclusión de la prima de actividad únicamente **para los oficiales, suboficiales y civiles**, es inconstitucional y discriminatorio al **soldado quien es la base** de las fuerzas militares, el ser más débil y que **es discriminado salarialmente**, cuando conforme a la ley 4ª de 1992 no se **fijan parámetros de discriminación** en materia salarial para los soldados, para que de manera posterior, y a través de decretos de menor jerarquía, se les **discriminen y omita la** inclusión de la prima de actividad sin justificación alguna.

Que al no incluirse la prima de actividad al 49.5% al soldado en las fuerzas militares, se les está desmejorando las prestaciones sociales en servicio activo.

En tales consideraciones solicitó se **revoque la sentencia de primera instancia** para en su lugar acceder a las pretensiones.

#### **5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

##### **5.1 Parte demandante (Fls 110-116)**

El apoderado de la parte demandante dentro del **término procesal correspondiente** presentó alegatos de conclusión, solicitando **se revoque la sentencia de primera instancia**.

En tal sentido, reiteró los argumentos del recurso de apelación, relacionados con i) inaplicación por excepción de inconstitucionalidad del decreto 1794 de



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

2000 al no incluir la prima de actividad para los soldados profesionales, ii) en su defecto, se aplique el decreto 1211 de 1990 o el decreto 1214 de 1990, respecto de los funcionarios del Ministerio de Defensa que si devengan dicha prima en servicio activo.

## **5.2 Parte demandada**

El apoderado de la entidad demandada no presentó alegatos de conclusión.

## **5.3 Concepto del Ministerio Público**

Dentro de la oportunidad legalmente concedida, guardó silencio.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si el demandante, en calidad de soldado profesional del Ministerio de Defensa -Armada Nacional-, tiene derecho al reconocimiento de la prima de actividad, al inaplicar por excepción de inconstitucionalidad, el decreto 1794 de 2000 que no incluye dicha prestación para los soldados profesionales, y en su lugar aplicar el decreto 1211 de 1990, respecto de todos los funcionarios del Ministerio de Defensa que sí la devengan.

### **2. TESIS DEL CASO**

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

#### **a) Tesis argumentativa propuesta por el a quo**

Negó las pretensiones de la demanda al encontrar probado que el actor presta sus servicios el Ministerio de Defensa Nacional como Soldado Profesional, razón por la cual el régimen salarial y prestacional que rige para efectos de la determinación de su salario, es el contemplado en el decreto 1794 de 2000, que no previó dentro de las prestaciones sociales devengadas por los soldados profesionales la prima de actividad.

En relación a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, precisó que cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

para sus destinatarios frente a quienes se encuentran sometidos a uno u otro régimen, ello configura una discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento al derecho a la igualdad.

No obstante consideró que dicha situación no es la que se presenta en sub iudice, pues no existe vulneración al derecho a la igualdad al haberse aplicado el régimen especial al demandante, esto es, el decreto 1794 de 2000. Y que como el mismo no consagra el reconocimiento de la prima de actividad para los soldados profesionales, en tanto que el decreto 1211 de 1990, sí lo consagra para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, ello no implica vulneración al derecho a la igualdad.

Aunado a que el legislador ha establecido diferentes prestaciones teniendo en cuenta la jerarquía, los cargos que ostentan diferentes funciones y responsabilidades, los requisitos de ingreso, el tiempo de experiencia y de servicio.

#### **b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante**

Sostiene que al actor le asiste derecho a que se le reconozca, pague e incluya la prima de actividad al 49.5% por derecho a la igualdad material objetiva junto con los demás funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional en cuanto a las prestaciones, por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad del decreto 1794 de 2000, que no contempla dicho beneficio para los soldados profesionales.

Ello por cuanto la ley 4 de 1992, prohíbe desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los servidores del estado, así que la exclusión de la prima de actividad, vulnera su mínimo vital y demás derechos conexos fundamentales constitucionales.

#### **c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia en razón a que el régimen prestacional aplicable a los soldados profesionales del Ministerio de Defensa Nacional está contemplado en el decreto 1794 de 2000, el cual establece que dicho personal, 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, sin incluir la prima de actividad reclamada.

Dirá que en materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, en este orden, se resalta que el derecho a la



121

*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
***Nulidad y Restablecimiento del derecho***

igualdad se predica entre iguales *a contrario sensu* ante diferentes supuestos de hecho no es posible otorgar el mismo trato.

Que en relación a los soldados profesionales y a los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa **se predica una distinción** que tiene sustento en los diferentes rangos que operan dentro de la jerarquía organizacional de la Fuerza Pública, además también obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos, así como a la naturaleza y funciones de cada cargo tal como lo dispone la Ley 4º de 1992.

Circunstancias que permiten que en materia salarial se establezcan tratos diferentes, **pues constituyen un fundamento objetivo y razonable**, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, es decir, que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución.

Por lo anterior, comenzará la Sala por analizar la i) Naturaleza jurídica de la prima de actividad; el ii) régimen de carrera y salarial de los soldados profesionales; iii) de la vía de excepción; iv) de la función legislativa; v) del derecho a la igualdad en materia salarial y regímenes especiales

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD

En sentencia de 16 de abril de 2009<sup>1</sup>, 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:***

<sup>1</sup> Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Rad: 25000232500020021019401(2137-07).



Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

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.

(...)

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 ser 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.

#### **4. RÉGIMEN DE CARRERA Y SALARIAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES**

El legislador, a través del artículo 1º de la Ley 131 de 1985,<sup>2</sup> estableció la posibilidad de que quienes hubieren prestado su servicio militar obligatorio, manifestasen su deseo de seguir vinculados a la Fuerza Pública, bajo la

<sup>2</sup> Ib.



122

Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

modalidad del servicio militar voluntario. Sobre el particular, los artículos 1º, 2º y 3º de la norma en cita, señalaban:

**“Artículo 1.** Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.

**Artículo 2.** Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

**Parágrafo 1.** El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de 12 meses.

**Parágrafo 2.** La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

**Artículo 3.** Las personas a que se refiere el artículo 2º de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.”

Según las normas transcritas, quienes hubieran prestado el servicio militar obligatorio, si así lo manifestaban al respectivo Comandante de Fuerza y este lo autorizaba, podían continuar vinculados a las Fuerza Pública, pero prestando sus servicios militares como soldados voluntarios.

Sobre la situación salarial y prestacional de los soldaos voluntarios, los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 131 de 1985,<sup>3</sup> dispusieron lo siguiente:

**“Artículo 4.** El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

**Artículo 5.** El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.

**Parágrafo.** Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

**Artículo 6.** El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.”

<sup>3</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.



Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

De acuerdo con las normas trascritas, los soldados voluntarios eran remunerados con una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un 60% del mismo salario". Así mismo, tenían derecho a percibir una "bonificación de navidad" igual al monto recibido como bonificación mensual "en el mes de noviembre del respectivo año". Y al ser dados de baja, se hacían acreedores a una suma igual a "un mes de bonificación por cada año de servicios y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar".

Mediante la **Ley 578 de 2000**<sup>4</sup> se facultó al presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional.

Con fundamento en las anteriores facultades, el Presidente de la República **expidió el Decreto Ley 1793 de 2000** "por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", el cual, definió en primer lugar, la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares:

**"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.

**"Artículo 3. Incorporación.** La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de la fuerza y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.

**Artículo 4. Requisitos para la incorporación.** Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:

- a) Ser colombiano.
- b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.
- c) Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho.

<sup>4</sup> **"Artículo 12.** - <El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1493 de 2000>. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de 6 meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones." (Subraya la Sala).



Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

123

- d) Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.
- e) Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.
- f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.
- g) Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.

**Artículo 5. Selección.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

*En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.*

**Parágrafo.** Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 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 1 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.”

De acuerdo con las disposiciones transcritas, además de los que ingresaban por primera vez, también podían ser enlistados como soldados profesionales, los uniformados que venían vinculados en los términos de la Ley 131 de 1985<sup>5</sup> con anterioridad a 31 de diciembre de 2000, esto es, los soldados voluntarios; pero para ello, debían expresar al Comandante de Fuerza su intención de incorporarse como soldados profesionales y obtener su aprobación.

En lo que tiene que ver con el **régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales**, el Decreto Ley 1793 de 2000,<sup>6</sup> 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

<sup>5</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>6</sup> Ib.



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 2000<sup>7</sup> 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:

**Artículo 2. 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 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.*

**Parágrafo.** *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 1 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.*

**Artículo 3. 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 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 de cada año.*

**Parágrafo 1.** *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 parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.*

**Parágrafo 2.** *Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de 90 días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.*

**Artículo 4. 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 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.*

<sup>7</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.



Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
 Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
 Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

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

**Parágrafo.** 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 parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

...

**Artículo 9. 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.

...

**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 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.”*

#### 4.1. De la vía de excepción

El control por vía de excepción consagrada en el artículo 148 del C.P.A.C.A., consiste en un mecanismo del que puede hacer uso el juez oficiosamente o a petición de parte dentro de los procesos contenciosos administrativos que se adelanta y cuya finalidad es dejar sin efectos un acto administrativo cuando vulnera la Constitución Política, decisión que sólo opera entre quienes hagan parte del litigio.

Fundamento de lo anterior, se tiene el artículo 4º de la Constitución Política que contempla: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Es decir, que la vía de excepción constituye una obligación expresa del juez contencioso de ignorar o desconocer una norma de inferior jerarquía en procura de respetar la Carta Magna, únicamente vinculante respecto de los sujetos procesales.

#### 4.2. De la función legislativa

Corresponde al Congreso de la República expedir las leyes y por medio de ella ejercer, entre otras, las siguientes funciones, de conformidad con el artículo 150 Superior:



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

**“19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:**

*a) Organizar el crédito público;*

*b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;*

*c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;*

*d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;*

**e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Ver Art. 1º Decreto Nacional 1919 de 2002**

*f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Ver Art. 1º Decreto Nacional 1919 de 2002*

*Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas.” (Destacado por la Sala).*

En efecto, concurre la participación activa del Congreso de la República con el Gobierno Nacional, el primero establece los parámetros generales del régimen prestacional de la Fuerza Pública a través de leyes cuadro o marco y el segundo le incumbe proferir los decretos reglamentarios que así las desarrollen.

A su vez, la Ley 4º de 1992 en el artículo 2º fijó los lineamientos que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional, al momento de determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública, entre ellos:

“(…)

*i. La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;*

*j. El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;*

“(…)”

En ese orden, es claro que la remuneración salarial o pensional que deba percibir el personal de la Fuerza Pública, **está sujeta al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidad y calidades que la ley les asigne, de tal manera que no es factible que todos los miembros de la Fuerza Pública reciban en el mismo porcentaje sus prestaciones sociales, cuando existen regímenes especiales que no pueden ser desconocidos.**



Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
 Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
 Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

#### 4.3. Del derecho a la igualdad en materia salarial y regímenes especiales

La Constitución Política en el artículo 53 establece el principio de la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a su vez éste principio está estrechamente ligado con el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 *ídem* según el cual el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Así, en materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, en este orden, se resalta que el derecho a la igualdad se predica entre iguales *a contrario sensu* ante diferentes supuestos de hecho no es posible otorgar el mismo trato. En este punto consideró la Corte Constitucional, al decidir sobre la demanda de inexecutable, entre otras normas, de los artículos 14 y 15 de la Ley 4a. de 1992, al pronunciarse sobre la violación al derecho de la igualdad en el trabajo, por haberse creado a favor de ciertos funcionarios del Estado una prima técnica y especial, que:

*“...Basta en síntesis, recordar que el derecho a la igualdad se predica entre iguales; **la Corte Constitucional afirma que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la República.** Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas por estos funcionarios; y las mismas razones por las cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que no se produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos...”<sup>8</sup>*

Sobre el derecho a la igualdad y los regímenes especiales la Corte estudió *“si el establecimiento de una prima mensual equivalente al 40% del sueldo básico correspondiente a su grado, para los oficiales del cuerpo administrativo de las Fuerzas Militares cuando presten los servicios profesionales de su especialidad por tiempo completo, vulnera el principio de igualdad, toda vez que la norma no incluye a los suboficiales que se encuentren en la misma situación de hecho.”<sup>9</sup>*

Precisó la Corte sobre el derecho a la igualdad en los regímenes especiales que un grupo de personas puede encontrarse respecto de cierto factor *“en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales.”<sup>10</sup>*

En este sentido **se puede otorgar un tratamiento diferente a sujetos y hechos cobijados un una misma hipótesis, bajo la condición de que exista una justificación objetiva, suficiente y clara.** De la misma manera,

<sup>8</sup> Sentencia C-279 de 1996, Conjuez Ponente, Hugo Palacios Mejía

<sup>9</sup> Sentencia C-229 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>10</sup> Ídem



Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

juicio de la Corte, el legislador puede dar un trato igual a situaciones aparentemente distintas "pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad."<sup>11</sup> Así, concluye la Corte "Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad"<sup>12</sup>.

Consideró la Corte respecto de los regímenes especiales que su existencia no viola el derecho a la igualdad y que su existencia se justifica en la necesidad de proteger los derechos de un grupo de personas que por sus especiales condiciones "merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social"<sup>13</sup> y su objetivo reside en la "protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados"<sup>14</sup>. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinara su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19 (literal e) y 217 C.P.).<sup>15</sup>

Igualmente ha dicho la Corte que para determinar **si hay violación del derecho a la igualdad en las medidas previstas en los regímenes especiales**, cuando se trata de personas cobijadas bajo el mismo régimen, **se debe utilizar el test de la igualdad**, sin embargo en el caso de personas pertenecientes a diferentes regímenes el análisis constitucional tiene como objeto verificar la existencia de "circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensadas por otros beneficios."<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Ídem

<sup>12</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabrá).

<sup>14</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>15</sup> Sentencia C-229 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>16</sup> En la sentencia C-956/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se dijo al respecto:

"8. En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen. (Ver, entre otras, las sentencias C-598 de 1997, C-080 de 1999 y C-890 de 1999.) Por ello, las personas "vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general" ( Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes. Fundamento Jurídico No 7.) En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. || Sin embargo, esta misma Corte también ha aclarado que eso no excluye que pueda eventualmente estudiarse si la regulación específica de una prestación en particular puede violar la igualdad. Ese análisis es procedente, "si es claro que la diferenciación establecida por la ley es arbitraria y desmejora, de manera evidente y sin razón aparente, a los



Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
 Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
 Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

De otro lado, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de noviembre de 2004, indicó en el mismo sentido expuesto anteriormente que el principio a la igualdad en materia salarial **“no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad. Los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo 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 acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial.”**<sup>17</sup>

Entre tanto, en sentencia de 27 de marzo de 2014<sup>18</sup> en la que al referirse sobre los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007 advirtió que la no inclusión de los Agentes de Policía como beneficiarios del incremento de la prima de actividad en relación con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, **no constituye per se un tratamiento discriminatorio y por ende no vulnera el derecho de igualdad, puesto que no se trata de individuos iguales ante la ley, dado que ostentan responsabilidades y funciones distintas entre sí.**

En términos de la sentencia aludida, expresó lo siguiente:

***“(…) así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones. Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad. Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al incrementar la prima de actividad debe seguir el mandato constitucional por el cual se señala que al mismo trabajo corresponde el mismo salario; e igualmente debe sujetarse a la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos, y la naturaleza de los cargos y las funciones, como lo señala la Ley 4 de 1992.”*** (Destacado por la Sala).

---

beneficiarios del régimen especial frente al régimen general. (Corte Constitucional. Sentencia C-090 de 1999, fundamento 6.) (...)

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 25 de noviembre de 2004, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2003-0122-01 y número interno 0642-03.

<sup>18</sup> Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-09), Actor: Carlos Arturo Zuluaga Guerrero.



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

La Sala considera pertinente resaltar que el Consejo de Estado se ha pronunciado en este sentido en procesos ordinarios-laborales, como también en acciones de tutela contra providencia judicial<sup>19</sup> señalando que:

*“(...) En ese orden de ideas, la Sala debe reiterar, como ya lo ha pronunciado en anteriores ocasiones<sup>20</sup>, que **la diferencias de trato entre los Agentes y los oficiales y suboficiales, que dispuso el Decreto 2863 de 2007, no trasgreda el principio de igual como lo sugiera la actora.***

**En tal virtud, es importante recordar que el derecho de igualdad se desconoce cuándo a dos individuos con idénticas condiciones se les da un trato diferenciado ante la ley.** No obstante, en el caso sub examine no estamos ante dos sujetos idénticos ya que cada uno pertenece a rangos distintos dentro de la jerarquía organizacional de la Fuerza Pública (...)”  
*(Destacado fuera del texto).*

#### **4.4. Del test de igualdad.**

El artículo 13 de la Constitución Política regula la igualdad frente a la ley y el derecho que tienen las personas a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, sin ser discriminadas por razón de características tales como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras.

Además, en criterio de la Corte Constitucional, con fundamento en el principio de no discriminación, la ley no puede fijar condiciones distintas a algunos sectores de la población sin una justificación objetiva y razonable, o que no tengan una relación de proporcionalidad «[...] **entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue.**[...]»<sup>21</sup>.

Igualmente y como se indicó en precedencia, ha dicho la Corte que para determinar si **hay violación del derecho a la igualdad en las medidas previstas en los regímenes especiales**, cuando se trata de personas cobijadas bajo el mismo régimen, **se debe utilizar el test de la igualdad,**

Por lo tanto, con el fin de evaluar la afectación de dicho principio por normas incluidas en el ordenamiento jurídico, es necesario hacer un estudio de las situaciones frente a las cuales se plantea la existencia de un trato diferente, para lo cual la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha acudido a herramientas metodológicas especiales tales

<sup>19</sup> Sentencia 100013333-015-2016-00315-01 de julio de 2014; M.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso. Ref. Expediente 11001-03-15-000-2014-01021-00; Actor: Rosalba Bohórquez de Núñez.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente, María Claudia Rojas Lasso, 12 de junio de 2014, ref.: expediente 11001-03-15-000-2014-00834-00. Actor: Deogracias Vargas.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996. M.P.: Julio César Ortiz Gutiérrez.



127

Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

como el test de igualdad<sup>22</sup>, **que permite definir si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada**, proceso que se surte en las siguientes etapas:

«[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse **y si se comparan sujetos de la misma naturaleza**; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. [...]»<sup>23</sup>

## 5. CASO CONCRETO

Al valorar las pruebas que obran en el expediente, constata la Sala que el demandante se ha desempeñado<sup>24</sup> como: **i)** soldado regular en cumplimiento de su deber de prestar el servicio militar obligatorio, desde el 19 de mayo de 1999 al 18 de noviembre de 2000; **ii)** soldado voluntario desde el 20 de noviembre de 2000 hasta el 31 de octubre de 2003; y **iii)** soldado profesional desde el 1º de noviembre de 2003 hasta la fecha de expedición del certificado, 31 de mayo de 2017; luego es un hecho probado que su situación queda cobijada por el Decreto Reglamentario 1794 de 2000.<sup>25</sup>

Conforme al certificado de haberes, expedido por la dirección de personal del Ejército Nacional, se advierte que en la nómina mensual de soldados de mayo de 2017, al actor devengó<sup>26</sup>: sueldo básico, SEGVIDSUBS, Adic. BONORDPUF, PRSOLVOL y SUBFAMILIAR.

También se encuentra acreditado, que el 20 de mayo de 2016<sup>27</sup>, el demandante solicitó al Ministerio de Defensa Nacional, en ejercicio del derecho de petición, el reconocimiento y pago de la prima de actividad al 49.5% del sueldo básico en servicio activo, en relación con los demás funcionarios del Ministerio de Defensa, al considerar que se le vulneran los derechos fundamentales contenidos en los artículos 2, 3, 4, 6, 29, 48, 53 y 97, por omisión legislativa e inaplicación por inconstitucional frente a la normatividad prestacional, por violación al derecho a la igualdad y discriminación salarial con relación a los demás funcionarios del Ministerio de Defensa civiles y militares.

<sup>22</sup> Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.

<sup>23</sup> Sentencia C-015 de 2014.

<sup>24</sup> Certificado de tiempo de servicios, folio 64.

<sup>25</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>26</sup> Folio 63.

<sup>27</sup> Folio 12.



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

En respuesta a la petición formulada en sede administrativa, la Sección de Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, a través del oficio No 20165660678641<sup>28</sup> negó la solicitud afirmando que el petente no tiene derecho al reconocimiento reclamado, pues en virtud del decreto 1794 de 2000, la mencionada prima no es reconocida al personal de soldados profesionales.

Bajo estos supuestos, en armonía con lo dispuesto por el Decreto Reglamentario 1794 de 2000 y de acuerdo con las reglas jurisprudenciales trazadas, estima la Sala, tal como lo consideró el *a quo*, que el señor Miguel Ángel Correa, al prestar sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional, como soldado profesional, el régimen salarial y prestacional que lo rige para efectos de determinar su salario, es el contemplado en el decreto 1794 de 2000.

Dicho régimen no contempla la prima de actividad como prestación social a devengar por los soldados profesionales, consideración que es conocida por el apoderado de la parte actora, al solicitar la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad, conforme al artículo 4º de la Constitución, del decreto 1794, para que en su lugar, se aplique el decreto 1211 de 1990 o 1214 de 1990, que establece el reconocimiento de dicha prestación, tal como lo indica en su recurso de apelación.

Por lo tanto, procede la Sala a analizar, si por vía de excepción, es procedente el reconocimiento pretendido por el actor.

En tal virtud, el mandatario señala la aplicación de la excepción haciendo referencia a la vulneración del derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa.

No obstante para la presente Sala de decisión, no se presenta la alegada vulneración por las siguientes razones:

- Como se indicó en precedencia, en materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, en este orden, se resalta que el derecho a la igualdad se predica entre iguales *a contrario sensu* ante diferentes supuestos de hecho no es posible otorgar el mismo trato.
- El derecho a la igualdad se predica entre iguales, y que conforme a la Corte Constitucional, no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las

<sup>28</sup> Folio 13.



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

normas, pues ciertamente, **las calidades** que se exigen a las personas **y responsabilidades**, son factores que justifican de suyo la diferencia.

- En Los criterios de distinción que hace el gobierno para fijar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública obedecen a distinciones razonables atendidas circunstancias como el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder a cada grado.
- El principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan fundamento **objetivo y razonable**, acorde con los fines perseguidos por la autoridad<sup>29</sup>.
- Los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores razonables que el mismo 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 acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial.
- Igualmente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 4.ª de 1992, debe tenerse en cuenta que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades y es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones. Así las cosas, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.
- Aunado a ello se tiene que la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la fuerza pública, que posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, sin que con la misma se pretenda cubrir una condición especial de beneficiarios de la misma, como por ejemplo, ocurre en el caso del subdivido familiar.

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

<sup>29</sup> Ver entre otras las Sentencias C-221 de 1992, C-430 de 1993, T-230 de 94, C-445 de 1995, C-022 de 1996, T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C-112 de 2000.



*Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque*  
*Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional*  
*Expediente: 150013333-015-2016-00315-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

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 transgresión del derecho a la igualdad, además también obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos como lo dispone la Ley 4º de 1992.

Circunstancias que permiten que en materia salarial se establezcan tratos diferentes, **que constituyen un fundamento objetivo y razonable**, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, es decir, que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución.

Contrario sería que cuando se demuestra, que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios frente a quienes se encuentran sometidos a uno u otro régimen, se configura una discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad.

En tales razones en el presente caso no existe vulneración a prerrogativas constitucionales, que faculden al juez a desconocer una norma de inferior jerarquía, decreto 1794 de 2000, en procura de respetar la Constitución, para en su lugar dar aplicación a los decretos que sí contemplan la prima de actividad como prestación de los funcionarios del Ministerio de Defensa, en servicio activo.

En ese estado de cosas, la Sala concluye que el acto administrativo demandado, el oficio No 20165660678641 de 28 de mayo de 2016, se ajustó a las normas vigentes aplicables al demandante, al considerar que no es beneficiario de la prima de actividad, por lo que no se configura causal de nulidad alguna que de paso al reconocimiento pretendido.

Así las cosas, esta Sala confirmara la sentencia de primer grado, que negó las pretensiones de la demandada interpuesta por el señor Miguel Ángel Correa Nomezque contra el Ministerio de Defensa Ejército Nacional.

## **6. COSTAS**

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, es preciso decir que no hay lugar a condenar a ninguno de los sujetos procesales, dado que en el presente asunto no se configura ninguna de las reglas fijadas en el artículo 365 del C.G.P., y a pesar de que el recurso de apelación propuesto por la



Demandante: Miguel Ángel Correa Nomezque  
Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional  
Expediente: 150013333-015-2016-00315-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

parte demandante se resolvió desfavorablemente, lo cierto es que la parte demandada, no presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, por lo que no se encuentra demostrado que haya incurrido en gastos adicionales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 6 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 22 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*[Handwritten signature]*  
**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

*[Handwritten signature]*  
**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**  
Magistrado

*[Handwritten signature]*  
**FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
NOTIFICACION POR ESTADO  
El auto anterior se notifica por estado  
No. 96 de hoy **15 JUN 2018**  
*[Handwritten signature]*  
EL SECRETARIO (E)