



Tribunal Administrativo de Bogotá

Sala de Decisión No. 3

Magistrada Ponente: Dra. Clara Edna Cifuentes Ortiz

Tunja, mayo treinta (30) de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Actor: MARTIN ALBERTO BOHORQUEZ

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL

Expediente No. 150013333-009- 2016-00140-01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 31 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Oral Administrativo de Tunja, que negó las súplicas de la demanda presentada en contra del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1.1.- PRETENSIONES (fl. 4)

El demandante MARTIN ALBERTO BOHORQUEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó:

- Que se declare la nulidad del Acto Administrativo particular y expreso representado con el oficio N° **20165660436181 MDN S-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10** de fecha **12 de abril de 2016** suscrito por el Teniente Coronel NESTOR JAIME GIRALDO GIRALDO Oficial de Sección de Nomina del **Ejército Nacional** de Colombia, que **NEGÓ** la petición para que se reconociera, pagara e incluyera el incremento de la prima de actividad en **un porcentaje del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) del salario básico.**

- Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional al reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad en **un porcentaje del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) del salario básico**, aplicando la prescripción cuatrienal desde el 8 de abril de 2016, fecha de presentación de la petición, cancelando capital, indexación e intereses conforme lo prevé la Ley 1437 de 2011.
- Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

1.2.- HECHOS (fls. 3 y 4)

Como hechos relevantes de la demanda, adujo que:

- Es soldado profesional activo en la entidad demandada.
- Su vinculación se rigió por la Ley 131 de 1985.
- En la entidad demandada, los soldados profesionales y los infantes de marina son los únicos que no devengan prima de actividad.
- En la entidad demandada los militares y civiles devengan prima de actividad.
- El 8 de abril de 2016 pidió a la entidad demandada el pago de la prima de actividad en cuantía del 49.5% sobre el salario básico, en igualdad con los demás funcionarios.
- Ante la Procuraduría se adelantó el trámite de conciliación el cual fue declarado fallido.

1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN (fls. 4 a 10)

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: artículos 2º, 4º, 13, 53 de la Constitución Política; Ley 4ª de 1992 artículo 10º, Ley 131 de 1985, Decretos 4433 de 2004, 1793 y 1794 de 2000, 1211 y 1214 de 2000.

Luego de citar disposiciones constitucionales y legales, como concepto de violación, el apoderado de la demandante indicó que “la autoridad judicial” incurrió en omisión legislativa al excluir a soldados profesionales e infantes de marina del reconocimiento de prima de actividad, que al igual que los demás funcionarios cumplen con el mandato constitucional y legal y son el eslabón más débil de la jerarquía militar, con lo cual vulnera el mínimo vital.

1.4.- CONTESTACION DE LA DEMANDA (fls. 66 a 74)

Se opuso a las pretensiones, al considerar que la entidad no ha incurrido en violación a normas de normas de rango constitucional y legal.

En tal sentido indicó que no procede el reconocimiento pretendido pues, el Decreto 1794 de 2000 no contempla el pago de prima de actividad para los soldados profesionales, razón por la cual no se presenta desigualdad.

Como excepción propuso la 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, que el soldado profesional no es sujeto de la prestación, como lo son los Oficiales y Suboficiales en los términos del artículo 84 del decreto 1211 de 1990.

Adujo que no es posible aplicar el principio de igualdad alegado en la demanda, pues los sujetos de la ley no se encuentran en las mismas condiciones, por el contrario, cada uno de ellos ejerce funciones específicas y diferentes; que la exclusión de los soldados profesionales como beneficiarios de la prima de actividad, obedeció a la autonomía del Gobierno Nacional.

1.5. LA SENTENCIA APELADA (fls. 96 a 104)

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, en sentencia de 31 de julio de 2018, declaró probada la excepción propuesta por la parte demandada y negó las pretensiones.

En síntesis, luego de citar la normatividad que regula la prima de actividad, concluyó que este pago se reconoce a quienes ostentan el grado de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; que el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales es el consagrado en el Decreto 1794 de 2000, sin que el mismo contemple en su favor el pago de la prima de actividad. Que el incremento de la prima de actividad, ordenado en el Decreto 2863 de 2007 no rige para Soldados Profesionales sino para otros servidores de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Respecto al derecho a la igualdad, precisó que conforme a jurisprudencia de la Corte Constitucional las diferencias en el tratamiento prestacional de la Fuerza Pública, es válida atendiendo a las competencias que desarrollan; que la especialidad de cada régimen se compensa con el reconocimiento de distintas prestaciones que superan las que se pagan en el sistema general; que es competencia del legislador establecer el régimen de prestaciones sociales.

Al descender al caso concreto dijo que se probó que el demandante se desempeña como Soldado Profesional y por ello su régimen salarial es el contemplado en el Decreto 1794 de 2000 norma que no previó el pago de prima de actividad, sin que, por las razones constitucionales señaladas por la Corte Constitucional, se pueda predicar vulneración del derecho a la igualdad, como también lo ha concluido el Consejo de Estado, decisión que citó parcialmente; que al caso no es aplicable el Decreto 1211 de 1990.

1.6. LA APELACIÓN (fls. 107 a 110)

Contra la decisión anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en escrito que se limitó a transcribir igual normatividad que la indicada en la demanda y, reiteró los argumentos allí señalados para concluir que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la prima de actividad en el porcentaje pretendido.

Pidió revocar la sentencia.

1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado (fls. 120 y vto.), las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en este proceso en primera instancia, previas las siguientes consideraciones.

2.1.- PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia apelada y los que fundamentaron el recurso de apelación presentado por la parte demandante, el problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional le reconozca, reliquide y pague prima de actividad en calidad de Soldado Profesional en servicio activo.

En este caso, conforme al recurso de apelación, el demandante no discute que el régimen salarial y prestacional que le es aplicable no contempla la prima de actividad para los soldados profesionales del Ejército Nacional, su inconformidad radica en que esta situación implica una discriminación injustificada y, por ende, vulnera el derecho a la igualdad.

2.2. DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES:

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

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

Es así que el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 2000 y en sus artículos 1º y 2º definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que ingresaran por vez primera, como los que venían de ser voluntarios.

De igual forma estableció que los soldados profesionales, sin distinción 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 básico¹, **sin que allí se contemplara la prima de actividad.**

¹ *“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.

2.2. De la inaplicación por omisión inconstitucional

Examinada la demanda y el recurso de apelación, la parte actora insiste en que la omisión en que incurrió el legislador al no contemplar la prima de actividad para los soldados profesionales del Ejército Nacional, vulnera el derecho a la igualdad.

La inaplicación por omisión se configura, en voces de la Corte Constitucional cuando:

“...En este sentido, para que se estructure una omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que deben reunirse los siguientes requisitos: Primero, la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo. Segundo, la exclusión de sus consecuencias jurídicas de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta. Tercero, la ausencia de una **razón suficiente** para tal exclusión. Cuarto, la **generación de una situación de desigualdad** negativa respecto de los grupos excluidos o la vulneración de otros de sus derechos fundamentales; y quinto, la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al legislador a contemplar los grupos o ingredientes excluidos. La omisión legislativa relativa se predica entonces de disposiciones que si bien en principio por sí mismas no son inconstitucionales, resultan ser contrarias a la Constitución, bien porque la regulación incompleta genera discriminaciones, bien porque las consecuencias jurídicas de ella no se extienden a supuestos de hecho iguales o análogos a los que

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.

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.”

Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al regular 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.

En suma, se destaca que para demostrar la violación del derecho a la igualdad a partir de la comparación entre supuestos de hechos diferentes y entre personas cobijadas por regímenes distintos, como lo plantea el actor en este proceso, se “exige un análisis constitucional encaminado a justificar que los que son diferentes deben ser tratados igual, lo cual sólo está constitucionalmente ordenado en circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensada por otros beneficios.”¹⁶

Por lo anterior, que a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, conforme a su régimen salarial y prestacional, no se les reconozca y pague la prima de actividad, como si se les reconoce a los Oficiales y Suboficiales y Empleados Públicos de las Fuerzas Militares, no implica per se una discriminación y, por el contrario, se encuentra justificada en tanto 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 directa del derecho a la igualdad.

Por tales razones en el presente caso no se demuestra vulneración a prerrogativas constitucionales, que faculden al juez a desconocer el Decreto 1794 de 2000, en procura de respetar la Constitución, para considerar una inaplicación por omisión inconstitucional y, en su lugar, dar aplicación a los decretos ~~1794~~ que contemplan la prima de actividad como prestación para otros niveles de las Fuerzas Militares, en servicio activo.

Por último, se dirá que, en este mismo sentido se pronunció la Sala No. 6 en sentencia proferida el 13 de junio de 2018, M.P. Oscar Granados Naranjo, en el expediente con Radicación No. 150013333-015-2016-00315-01, siendo demandante Miguel Ángel Correa Nomezque y demandada la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

Así las cosas, esta Sala confirmara la sentencia de primer grado, que negó las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS

En esta instancia no se demuestran gastos procesales y la demandada no intervino, en consecuencia, no hay lugar a fijar costas.

¹⁶ Sentencia C-980 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Actor: MARTIN ALBERTO BOHORQUEZ

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL

Expediente No. 150013333-009- 2016-00140-01

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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2018 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda presentada por **MARTIN ALBERTO BOHORQUEZ** contra el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL**.

SEGUNDO: Sin en costas en esta instancia.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CLARA ELISA FUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSÉ A. FERNANDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Actor: MARTIN ALBERTO BOHORQUEZ

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL

Expediente No. 150013333-009- 2016-00140-01