



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00195-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDISON FERNANDO POSSO TIQUE
DEMANDADO: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.
Tema: Retroactivo - Reliquidación asignación básica de soldado profesional y Prima de Actividad.

Evacuada la etapa probatoria en el presente asunto y habiéndose prescindido de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a dictar el fallo que en derecho corresponde, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **EDISON FERNANDO POSSO TIQUE** en contra de **la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, identificado con el Rad. 73001-33-33-004-2019-00195-00.

1. Pretensiones¹

- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20183172244951 del 19 de noviembre de 2018, mediante el cual se negaron los pedimentos del actor.
- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho que se condene al Ejército Nacional, a reajustar los salarios y prestaciones sociales que devenga el demandante con la inclusión del 20% del salario que le fue deducido al demandante desde el mes de noviembre de 2003 y hasta el mes de junio de 2017 y se efectúe el reconocimiento y pago de la prima de actividad en aplicación del derecho a la igualdad.
- Que se disponga el reconocimiento y pago del retroactivo salarial que se genere con fundamento en los reajustes reclamados.
- Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados al demandante.
- Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados.
- Que se condene en costas a la Entidad demandada.

¹ Fl. 1A

2. Fundamentos Fácticos

Como supuestos fácticos se señalaron principalmente al interior de la demanda²:

1. Que el actor ingresó al Ejército Nacional el día 17 de junio de 1997, en condición de soldado regular y a partir del 01 de agosto de 2000 se desempeñó como Soldado Voluntario.
2. Que a partir del 1° de noviembre de 2003 y por disposición del gobierno nacional, el actor fue promovido como soldado profesional, momento desde el cual, su asignación básica disminuyó de un salario mínimo incrementado en un 60% a un 40% solamente.
3. Que el 16 de octubre de 2017, el demandante solicitó a la demandada la reliquidación de su salario mensual, tomando como asignación básica, el salario mínimo incrementado en un 60%, a partir de noviembre de 2003 y hasta el mes de junio de 2017, así como el reconocimiento y pago de la prima de actividad militar, lo cual, fue denegado a través del acto acusado fechado 19 de noviembre de 2019.

3. Contestación de la Demanda

3.1. Nación- Ministerio de Defensa - Ejército Nacional (Fls. 36 y ss).

A través de apoderado solicitó la emisión de un fallo desfavorable a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que el acto administrativo acusado fue expedido conforme a derecho, como quiera que de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, la prima de actividad no es reconocida a los Soldados Profesionales y respecto del reajuste del 20% señaló que la Entidad no está negando su pago y una vez sea asignado el presupuesto se cancelaran los valores a que haya lugar.

4. Actuación Procesal.

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 29 de abril de 2019 (fol. 1), correspondió por reparto a éste Juzgado, quien mediante auto de fecha 8 de mayo de 2019, ordenó la admisión de la demanda (fls. 24 y ss).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 29 y ss) dentro del término de traslado de la demanda, la Entidad demandada contestó. (fls. 36 y ss).

Luego, mediante providencia del 31 de octubre de 2019 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 81), la cual se llevó a cabo el día 10 de marzo de 2020, agotándose en ella la totalidad de sus instancias en

² Fl. 16 y ss

legal forma (fol. 86 y ss). Como no se hizo necesaria la práctica de pruebas, se prescindió de la audiencia correspondiente, y así mismo, por considerarlo procedente, se corrió traslado a las partes para que presentaran oralmente sus alegatos de conclusión, procediendo a indicar que el sentido del fallo sería parcialmente favorable a las pretensiones.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un ex empleado público, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, de acuerdo todo ello con lo previsto en los artículos 104, 138, 155 numeral 2° y 156 numeral 3° de la Ley 1437 de 2011.

2. Problema Jurídico

Se deberá establecer, *si el demandante tiene derecho a que la Entidad demandada (i) le reliquide su asignación mensual y sus prestaciones sociales devengadas en actividad, a partir del 1° de noviembre de 2003 y hasta el año 2017, tomando como partida computable un salario mínimo incrementado en un 60% en los términos del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, y (ii) le reconozca y pague la partida denominada prima de actividad en los términos del artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 en virtud de la aplicación del principio de igualdad, o si por el contrario, el administrativo acusado que negó estas pretensiones se encuentra ajustado a derecho.*

3. Acto Administrativo Demandado

Acto administrativo 20183172244951 del 19 de noviembre de 2018, mediante el cual se negaron los pedimentos del actor.

4. Fondo del Asunto.

Como quiera que el presente asunto encierra en su decisión dos problemas jurídicos, procede el Despacho a efectuar el análisis independiente de cada uno de ellos, en los siguientes términos:

- 1. ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago del retroactivo generado con ocasión de la reliquidación de su asignación básica mensual, calculada sobre la base de un salario mínimo incrementado en un 60%, así como también, de las diferencias correspondientes a la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas y causadas a partir del 1° de noviembre de 2003 y hasta el mes de junio de 2017.?**

5. TESIS PLANTEADAS

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Se debe ordenar el pago del retroactivo del reajuste de la asignación salarial, haciéndolo extensivo a sus prestaciones sociales, por cuanto al momento de reliquidar la asignación mensual devengada por el soldado profesional, no se tuvieron en cuenta las diferencias causadas entre el momento que pasó de ser soldado voluntario a soldado profesional y cuando finalmente se reconoce aumento salarial a que tenía derecho.

TESIS DEL EJÉRCITO NACIONAL

Si bien debe accederse a las pretensiones de la demanda, debe tenerse en cuenta la prescripción trienal y ordenar los respectivos descuentos sobre las sumas cuya inclusión se ordena.

TESIS DEL DESPACHO

El Despacho considera que al haber estado vinculado el actor como soldado voluntario, bajo el régimen de la Ley 131 de 1985, y ser incorporado como soldado profesional, había adquirido el derecho a percibir como asignación básica mensual, el equivalente a un 1 SMLMV, incrementado en un 60%, conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, razón por la que resultará procedente ordenar el pago de las diferencias generadas por el pago de la reliquidación de la asignación básica.

DESARROLLO DE LA TESIS DEL DESPACHO

- **Del régimen salarial de los miembros del Ejército nacional – soldados voluntarios vs. Soldados profesionales**

Con la expedición de la Ley 131 de 1985 se reguló el servicio militar voluntario en Colombia, señalando en el artículo 4° que los soldados voluntarios devengarían una contraprestación por sus servicios, denominada bonificación mensual, la cual sería equivalente a un salario mínimo vigente incrementado en un 60%, así:

“ARTÍCULO 4°. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.” (Subraya el Juzgado).

Posteriormente, con el ánimo de profesionalizar la carrera militar, el Gobierno Nacional en uso de las facultades otorgadas por la Ley 578 de 2000, profirió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se expide el Régimen de Carrera y

Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en donde se dispuso que quienes se encontraran vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, podrían incorporarse como soldados profesionales a partir del 01 de enero de 2001 y una vez incorporados les sería aplicable íntegramente lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000.

Los artículos del Decreto 1793 de 2000 que atañen a la situación descrita son los siguientes:

"ARTÍCULO 3. INCORPORACION. *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 las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.*

(...)

ARTÍCULO 5. SELECCION. *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.*

PARAGRAFO. *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.*

(...)

ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. *El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales."*

(Subraya fuera del texto original)

Sin embargo, el Decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, con el ánimo de respetar los derechos adquiridos de quienes se encontraban vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre del 2000, dispuso:

"ARTICULO 1º. ASIGNACION 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%). (Se destaca).

A través de las Órdenes Administrativas de Personal Nos. 1241 del 20 de enero de 2001 y 1175 del 20 de octubre de 2003, el Ministerio de Defensa Nacional incorporó masivamente a los soldados voluntarios al régimen de carrera de los soldados profesionales, a partir del 1º de noviembre de 2003.

Sobre la interpretación de dicho artículo, el 25 de agosto de 2016, el H. Consejo de Estado en SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, con ponencia de la Dra. Sandra Lissette Ibarra Vélez³, señaló que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, bajo el siguiente tenor literal:

“Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. sentencia de veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: CF-SUJ2 5001333300220130006001 (3420-2015). Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL.

Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%." (Subrayado del Despacho).

Así las cosas, de los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos en precedencia es del caso concluir, que los soldados profesionales que se encontraban

vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que su asignación básica sea el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, y no en un 40% como erróneamente lo hizo la entidad demandada.

CASO CONCRETO

Conforme lo antes expuesto y teniendo en cuenta los elementos de convicción aportados al cartulario, habrá de concluirse que aparece demostrado:

- El actor se vinculó al Ejército Nacional, desde el 17 de junio de 1997 y hasta el 30 de diciembre de 1998, como soldado conscripto. Del 01 de agosto de 2000 al 31 de octubre del 2003, como soldado voluntario y desde el 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha como soldado profesional (Fol. 18).
- Mediante petición del **16 de octubre del 2018**, el actor solicitó el reajuste del 20% de la asignación salarial mensual que le fue deducido desde el mes de noviembre de 2003 y hasta el mes de junio de 2017, así como el reajuste de las prestaciones sociales (fls. 10 a 11).
- La anterior petición se resolvió a través del acto acusado, en el cual se indicó que, en relación con los valores a que le asista derecho a devengar por concepto de la precitada sentencia de unificación con anterioridad a junio de 2017, se informa que previo a las solicitudes realizadas por el Ejército Nacional ante el Ministerio de Defensa, a la fecha, no se ha asignado presupuesto. (Fl. 16).

Así las cosas, acreditado se encuentra que, el demandante ingresó a prestar sus servicios a las Fuerzas Militares, como soldado voluntario a partir del 01 de agosto de 2000 y hasta el 31 de octubre del 2003 y con posterioridad, esto es, a partir de 01 de noviembre de 2003, fue incorporado con soldado profesional hasta la fecha de su retiro, según la constancia visible a folio 18 del expediente.

Con base en la anterior relación, para este Despacho, el demandante, desde que se incorporó como soldado profesional, 1º de noviembre de 2003, y por haber sido incorporado como soldado voluntario inicialmente, debió recibir como remuneración básica, un salario mínimo incrementado en 60%, en consideración a la prerrogativa que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 otorgó a los soldados voluntarios que se incorporasen como profesionales, por lo que se torna procedente reliquidar su asignación básica, teniendo en cuenta el porcentaje mencionado.

Por lo anterior, habrá de reconocerse y pagarse a favor del actor, el retroactivo del reajuste de su asignación básica salarial, como lo previene la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, lo cual deberá hacerse extensivo a las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías, desde que pasó de soldado voluntario a soldado profesional, es decir, desde el 01 de noviembre de 2003 y teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción como en adelante se indicará, razón por la cual, se denegará la excepción de legalidad del acto administrativo acusado, propuesta por la parte demandada.

- DE LA PRESCRIPCIÓN APLICABLE AL PRESENTE ASUNTO

Atendiendo a las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia de unificación estudiada, conviene resaltar que el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, consigna:

"Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

Acompasado con ello, merece la pena, frente al particular, evocar pronunciamiento vertido en providencia de 06 de octubre de 2016, por medio del cual se aclara la sentencia de unificación del 25 de agosto de esa anualidad, y que en concreto para lo que interesa en este acápite, resalta:

"Precisa la Sala, que la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016 no ordena el reajuste salarial y prestacional de todos los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, sino que unificó la postura de la Sección Segunda sobre la materia; razón por la cual se señaló en el numeral 7.º de su parte resolutive, que no es sentencia constitutiva del derecho a reclamar el mencionado reajuste y que, en consecuencia, «el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente».

Ello significa, que el derecho a reclamar la diferencia del reajuste salarial y prestacional del 20% no nace con la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, sino que deviene del contenido mismo del artículo 1º inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, que señala:

«... 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 60%.»

Por lo tanto, la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 no tiene como efecto el que a partir de ella empiece a contar el término de prescripción cuatrienal para reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se uniformó la jurisprudencia.

*Así las cosas, las reclamaciones de dicho reajuste salarial y prestacional del 20% de los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, ya sea que aún permanezcan en servicio activo o que se encuentren retirados, tanto en sede gubernativa como judicial, deberán someterse a la regla de **prescripción cuatrienal**, término que deberá contabilizarse en cada caso en particular teniendo en cuenta el momento en que se presente la respectiva reclamación por parte del interesado, mas no la fecha de ejecutoria de la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016."*

Así las cosas, conforme a la normatividad precedida y las reglas fijadas por el Consejo de Estado, tenemos que el término de prescripción aplicable al presente asunto

corresponde al de 4 años, debiendo señalar que en este asunto la interrupción de la prescripción tuvo lugar el día 16 de octubre de 2018, con la radicación de la petición ante la entidad demandada por lo que en consecuencia, están prescritas las diferencias causadas con anterioridad al **16 de octubre del 2014** y así se declarará.

Por lo anterior, se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción.

- INDEXACIÓN E INTERESES MORATORIOS

Ante la prosperidad de las pretensiones invocadas, es necesario tener en cuenta que las sumas de dinero adeudadas han sufrido el efecto propio de la devaluación o pérdida del valor adquisitivo, tornándose necesario determinar por razones de equidad su actualización, por lo que deberán indexarse teniendo en cuenta la fórmula decantada por el Consejo de Estado:

$$\text{Capital} \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

La indexación se reconocerá desde el momento de la exigibilidad de cada diferencia y hasta la fecha en que quede en firme la sentencia.

A partir de la ejecutoria de la presente providencia, las sumas de dinero reconocidas devengarán intereses moratorios, en los términos previstos en el inciso 3° del art. 192 del CPACA.

Por lo antes expuesto, se declarará la nulidad parcial del acto demandado, en lo referente al reconocimiento y pago del retroactivo de las diferencias generadas con motivo del incremento salarial decretado en favor del actor y, en consecuencia, se accederá parcialmente a las pretensiones de la acción, por lo que se le ordenará a la entidad accionada reconocer y pagar dichas diferencias por el período comprendido entre el **16 de octubre del 2014** y **el mes de mayo de 2017**, toda vez que el accionante reconoce que a partir del mes de junio de 2017 se empezó a cancelar en debida forma su sueldo. De ser el caso, deberán descontarse las sumas que ya hubiesen sido efectivamente pagadas al accionante, por este mismo período de tiempo, si a ello hubiese lugar.

Conforme a lo indicado por el H. Tribunal Administrativo del Tolima⁴, en consonancia estricta con lo que señaló el órgano de cierre en la sentencia de unificación de la Sección Segunda adiada 25 de abril de 2019 (NI 1701-2016) también ha de considerarse que al tenor de los lineamientos de nuestro máximo órgano de cierre, es necesario señalar que sobre la inclusión del 20% adicional, se deben realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar. De igual manera tales diferencias serán objeto de los descuentos de ley en materia de salud y demás.

⁴ Sentencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS, diecinueve (19) de septiembre del dos mil diecinueve (2019), Expediente: 73001-33-33-004-2016-00313-01

2. ¿Le asiste Derecho al demandante a que se le reconozca y pague la partida denominada prima de actividad en los términos del artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 en virtud del principio de igualdad.

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Sostiene que en aplicación del derecho constitucional de igualdad, debe reconocerse al demandante la partida denominada prima de actividad reconocida a los demás miembros al servicio del Ministerio de Defensa Nacional.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

Se opone a la prosperidad de las pretensiones señalando que el régimen pensional de los soldados profesionales, no contempla la prima de actividad, como una partida que deba ser reconocida a los Soldados Profesionales.

TESIS DEL DESPACHO

Para el Despacho en el presente asunto el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad, como quiera que la normativa aplicable a los soldados profesionales no dispone dicha partida, sin que tal circunstancia constituya violación alguna al derecho a la igualdad.

DESARROLLO DE LA TESIS DEL DESPACHO

El Decreto 613 de 1977 en su artículo 53 estableció la Prima de Actividad únicamente para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, equivalente al 33% del respectivo sueldo básico, así:

“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”

La anterior disposición normativa fue replicada en su integridad a través de los Decretos Decreto 2062 de 1984 y Decreto 0096 de 1989, esto es, consagrando la prima de actividad únicamente para el personal de Oficiales y Suboficiales de la policía Nacional, equivalente al 33% del 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, bajo el siguiente tenor literal:

“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”.

De los preceptos normativos referidos en precedencia se desprende, que la prima de actividad no fue reconocida por el legislador como una partida a favor de los soldados profesionales, siendo ésta una prerrogativa consagrada únicamente para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

Pese a lo anterior, es necesario establecer si la exclusión expresa de los soldados profesionales para el reconocimiento de la prima de actividad consagrada en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, resulta violatoria del derecho a la igualdad y en consecuencia, es posible inaplicar la mentada disposición en virtud de la excepción de inconstitucionalidad a que hace referencia el artículo 4º de la Constitución Política o si la misma se encuentra ajustada a la Constitución.

Para determinar cuando el trato desigual es discriminatorio, la H. Corte Constitucional desarrolló una herramienta metodológica denominada juicio integrado de igualdad, la cual, permite determinar si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, en los siguientes términos:

“El juicio integrado de igualdad

29. Esta herramienta metodológica se compone de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios, los cuales se explicarán a continuación.

30. La regla consiste en reconocer que al momento de ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último “adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero”.

Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones, por una parte, se encuentra el principio democrático, que obliga a darle un peso importante a la labor de creación del legislador, pues debe permitirse un margen considerable de valoración sobre los asuntos objeto de regulación, a partir de la búsqueda de propósitos que se ajusten a los mandatos de la Carta; y por la otra, la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas, lo que se traduce en que no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio. Por ello, la Corte ha reiterado que “la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio”, al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida.”⁵

En consideración a lo antes expuesto, encuentra el Despacho que en el presente asunto resulta procedente aplicar el juicio integrado de igualdad determinado por la Corte Constitucional en la jurisprudencia antes referida, para establecer si el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 vulnera el derecho a la igualdad del demandante o si por el contrario, la distinción a que hace referencia resulta ajustada a la Constitución Política.

Así las cosas, siguiendo la herramienta metodológica establecida por la H. Corte Constitucional, debe en primer lugar establecerse el criterio de comparación, es decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza, en este punto se advierte, que entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se presentan diferentes elementos diferenciadores, entre ellos se destacan, las tareas, las responsabilidades y los deberes propios de cada uno de los cargos, así:

ELEMENTO DIFERENCIADOR	SOLDADOS PROFESIONALES	OFICIALES Y SUBOFICIALES
FUNCIONES	Actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas y ejecutar las operaciones militares en aras de conservar y restablecer el orden público.	Los suboficiales ostentan funciones de apoyo a los oficiales y los Oficiales ejercen el mando y conducción de la tropa, los equipos de combate, operaciones y unidades.
	Ostentan un sistema de ingreso laxo, puesto que desempeñan funciones operativas.	Tienen un sistema de ingreso y ascenso diferente, mucho más estricto, puesto que desempeñan funciones

⁵ Sentencia C-161 de 2016 MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

INGRESO		de confianza, dirección y manejo que exige una mayor experiencia, capacidad y responsabilidad.
---------	--	--

Del anterior cuadro comparativo es factible concluir, que estamos ante un trato desigual entre desiguales, por lo que mal podría considerarse que existe un factor arbitrariamente diferenciador, pues las circunstancias de hecho que han sido puestas de presente, obligan a que sea de esa manera, al no tratarse de funcionarios equiparables.

Determinado lo anterior, en segundo lugar debe determinarse si el trato desigual es arbitrario e irracional, este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida, analizando tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin.

En el *sub lite* tenemos que *el fin buscado con la medida* no es otro que reconocer una asignación mensual de mayor cuantía a quienes por sus funciones, calidades, conocimiento, competencias y responsabilidades, desempeñaron un cargo de mayor jerarquía.

En cuanto al *medio empleado*, tenemos que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, estableció la prima de actividad como una partida que debe ser reconocida a los oficiales y sub oficiales de las Fuerzas Militares, excluyendo de tal reconocimiento a los Soldados Profesionales.

Finalmente *la relación entre medio y fin*, para el Despacho al reconocer una partida adicional a los Oficiales y Suboficiales, la asignación mensual será proporcionalmente más elevada en relación con los soldados profesionales.

En este sentido, encuentra el Despacho que en efecto el medio resulta adecuado para lograr el fin, por cuanto resulta ajustado a la Constitución Política, que quienes ocupan un cargo de mayor jerarquía y desarrollan funciones que requieren competencias y habilidades especiales, reciban una remuneración mayor.

Bajo estos argumentos es meritorio determinar que el petente no tiene derecho al reconocimiento reclamado, puesto que al prestar sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional, en calidad de soldado profesional, el señor POSSO TIQUE se encuentra sometido al régimen salarial y prestacional contemplado en el decreto 1794 de 2000 y dicho régimen como ya se indicó, no contempla la prima de actividad como prestación social a su favor. En consecuencia, el demandante no tiene derecho a que se le aplique el decreto 1211 de 1990, pues como ya se repasó el artículo 84 del mentado decreto supera el juicio integrado de igualdad y en consecuencia, no hay lugar a inaplicarlo por resultar constitucional, debiéndose negar la pretensión formulada al respecto.

DE LA CONDENA EN COSTAS

Se indica finalmente que el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, debido a que no se accede a la totalidad de las pretensiones incoadas de conformidad a lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 188 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de legalidad del acto administrativo acusado propuesta por la Nación–Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación–Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional, conforme ha quedado expuesto.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio 20183172244951 del 19 de noviembre de 2018, por las razones que han sido señaladas.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN–MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL–EJÉRCITO NACIONAL**, a reconocer y pagar el retroactivo del reajuste de la asignación básica salarial del actor, EDISON FERNANDO POSSO TIQUE, lo cual deberá hacerse extensivo a las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías, por el período comprendido entre el **16 de octubre de 2014 y el 30 de mayo del 2017**, conforme lo señalado por la sentencia de unificación del Consejo de Estado que ha sido señalada en la parte considerativa de esta providencia, debiendo descontarse las sumas que ya hubiesen sido efectivamente pagadas al accionante por este mismo período de tiempo, si a ello hubiese lugar.

Habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo.

QUINTO: Sobre el pago retroactivo que aquí se ordena a favor del demandante, la entidad demandada **DEBERÁ** efectuar de manera indexada los respectivos descuentos a que haya lugar en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral.

SEXTO: DECLARAR prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 16 de octubre de 2014.

SÉPTIMO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda, en especial las relativas al reconocimiento y pago de la prima de actividad, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO: CONDENAR a la entidad demandada a pagar las sumas adeudadas al demandante, debidamente indexadas en los términos y conforme a la fórmula citada en la parte considerativa.

NOVENO: DAR cumplimiento a la sentencia en los términos dispuestos en el art. 192 del CPACA.

DÉCIMO: SIN CONDENACIÓN EN COSTAS.

DÉCIMO PRIMERO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previa comunicación a la entidad demandada de la sentencia para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
Jueza