



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL
No. 137

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación : Proceso No. 70001-33-33-007-2013-00060-00
Demandante : MARCIAL ARELLANO DÍAZ
Demandado : NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL

1. INTRODUCCIÓN

En Sincelejo, siendo el día jueves veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013), a las diez y cinco minutos de la mañana (10:05 a.m.), el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, da inicio a la audiencia inicial dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del Derecho en el que actúa como demandante MARCIAL ARELLANO DÍAZ y como demandado la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL

Se inicia la grabación del video a las 10:05 a.m.

2. ASISTENTES

Juez : LORENA MARGARITA ÁLVAREZ FONSECA
Profesional Universitaria : NEHFER DARLAH ORTEGA MADRID
Parte demandante : ELVIS ADRIÁN MORALES BRANGO
Parte demandada : MARCO ESTEBAN BENAVIDES ESTRADA
Ministerio Público : No asistió

3. SANEAMIENTO

Se deja constancia que revisada la actuación surtida, el Despacho no encuentra causales de saneamiento o de nulidad procesal que deban ser declaradas. Se concederá el uso de la palabra a las partes con el fin de que manifiesten si tienen solicitudes de saneamiento o de nulidad.

Parte demandante : Sin solicitud
Parte demandada : Sin solicitud

4. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

En el presente caso se observa que existe contestación de la demanda y la parte demandada propone las siguientes excepciones:



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

4.1 PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO

4.2 CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA

El numeral 6 del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que en esta audiencia inicial el Juez *"resolverá las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva"*; luego entonces, estas excepciones se resolverá al momento de proferirse sentencia, atendiendo que no se encuentra enlistada en las excepciones que deben ser resuelta en esta audiencia.

4.3 EXCEPCIÓN DE INACTIVIDAD INJUSTIFICADA DEL INTERESADO –PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES.

En cuanto a la excepción de prescripción, esta solamente puede ser tenida en cuenta respecto de un eventual restablecimiento del derecho, de manera que se hará el pronunciamiento acerca de ella en caso de que prospere la pretensión de nulidad.

4.4 COBRO DE LO NO DEBIDO Esta excepción no es procedente en procesos declarativos, atendiendo que es propia del proceso ejecutivo cuando existe una prestación económica reconocida y en el presente asunto se deprecia la eventual declaratoria de un derecho y el reconocimiento de una prestación en dinero a título de restablecimiento del derecho, luego entonces, siendo improcedente proponer dicho medio exceptivo.

4.5 EXCEPCIÓN SUBSIDIARIA DE BUENA FE

Esta es una presunción legal y constitucional

4.6. INNOMINADA Revisada la demanda, el Despacho deja constancia de que no aparece probada alguna excepción que deba ser declarada de oficio.

5. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Se procede a indagar a las partes acerca de los hechos en los que están de acuerdo, y los demás extremos de la demanda y su contestación, con el fin de proceder a la fijación del litigio.

Se concede el uso de la palabra a las partes en cuanto a los hechos:

Parte Demandante: Se ratifica en los hechos planteados en la demanda

Parte Demandada: Se ratifica en los argumentos de la contestación

Teniendo en cuenta lo manifestado, así como los argumentos planteados en la demanda y su contestación y las condiciones particulares del caso, se plantea el problema jurídico de la siguiente forma:



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

¿Resulta inconstitucional el régimen previsto para los soldados profesionales contenido en el Decreto 1794 de 2000?

¿Es procedente extender los efectos de las disposiciones que establecen la prima de actividad a los oficiales y suboficiales a los soldados profesionales?

Se concede el uso de la palabra a las partes para que reiteren si están de acuerdo con el planteamiento del problema jurídico.

Parte Demandante: De acuerdo

Parte Demandada: De acuerdo. Aunque agrega que la pretensión de esta parte es que por excepción de inconstitucionalidad se aplique al demandante, en calidad de soldado profesional, el régimen de los oficiales y suboficiales de la armada.

6. POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN

Se le concede el uso de la palabra a las partes

Parte Demandante: Le asiste ánimo conciliatorio

Parte Demandada: No le asiste ánimo conciliatorio

7. MEDIDAS CAUTELARES

La parte demandante no solicitó medidas cautelares

8. DECRETO DE PRUEBAS

Teniendo en cuenta que la totalidad de las pruebas necesarias y pedidas por la parte demandante obran en el expediente, no se decretará ninguna. En consecuencia se procederá a dar aplicación a lo previsto en el inciso final del Art. 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el sentido de dictar sentencia en esta audiencia, previo traslado para alegar a las partes.

9. ALEGATO DE CONCLUSIÓN

Se les concede el uso de la palabra a las partes

Parte Demandante: Inicia sus alegatos de conclusión al minuto nueve de la grabación del video.

Parte Demandada: Inicia sus alegatos de conclusión al minuto diez de la grabación del video.

10. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agente del Ministerio Público no se ha hecho presente



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

11. SENTENCIA EN AUDIENCIA INICIAL No. NR 2013-011

Tema : Improcedencia de reconocimiento de prima de actividad para soldados e infantes de marina profesionales

11.1. ANTECEDENTES Y PRETENSIONES

El señor MARCIAL ARELLANO DÍAZ , identificado con la C.C. No. 73.140.957 , actuando por medio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presenta demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, tendiente a obtener las siguientes pretensiones:

"DECLARACIONES:

1. *Inaplicar por vía de EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD el DECRETO 1794 DE 2000 por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*
2. *Se Declare la Nulidad y/o se proceda a la revocatoria del Oficio No. 17972/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM -22 de fecha 31-12-2012, notificado el 8 de enero de 2013, proferido por el Teniente de Navío Oscar Mauricio Villegas Botero en calidad de Jefe División de Nominas Armada Nacional mediante el cual da respuesta desfavorable a la solicitud radicada por mi mandante en fecha 18 – Diciembre del 2012*

CONDENAS: *Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA – ARMADA NACIONAL a:*

1. *Se expida Acto Administrativo el reconocimiento, liquidación y pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD dejada de cancelar a mi poderdante infante profesional GARCÍA CORONADO ANTONIO LUIS, desde la fecha de su vinculación a las fuerzas militares, hasta la fecha en que se proceda a su pago o fecha en que fungió como activo dentro de las fuerzas armadas.*
2. *Una vez se produzca el anterior reconocimiento se tenga como factor salarial para todos los efectos prestacionales.*
3. *Se reconozcan, liquiden y paguen las diferencias generadas por la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas desde el año en que debió haberse reconocido la PRIMA DE ACTIVIDAD MILITAR hasta la fecha, incluyendo en dicha liquidación los valores correspondientes a que debió haber sido reconocido y pagado mi mandante durante los periodos enunciados.*
4. *Al reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios, a título de sanción moratoria de conformidad con certificación que expida la Superintendencia Bancaria sobre cada uno de los montos salariales dejados de pagar desde la fecha en que se hizo exigible su pago y hasta que el mismo se efectúe."*



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

11.2. HECHOS RELEVANTES

El accionante prestó su servicio militar inicialmente como soldado voluntario desde el 01 de junio de 1992, de conformidad con lo previsto en la Ley 131 de 1985. Esta forma de vinculación se mantuvo hasta el mes de septiembre de 2003, fecha en la que se ordenó su incorporación como Infante de Marina Profesional de conformidad con lo previsto en el Decreto 1793 de 2000.

Por el hecho de ser integrante de las Fuerzas Militares como soldado voluntario y como soldado profesional, el accionante señala que reúne los requisitos necesarios para que le sea reconocida y pagada la prima de actividad, tal como lo establece el Decreto 1211 de 1990 con sus posteriores modificaciones. A la fecha la mencionada prima no le ha sido pagada, evidenciándose de esta manera una injustificada desigualdad con respecto a los demás miembros del sector defensa.

El 18 de diciembre de 2012, el accionante presentó derecho de petición tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de actividad, lo cual fue denegado por medio del acto cuya nulidad se pretende en este proceso, alegándose por parte de la Administración que no es procedente acceder a lo solicitado en la medida en que esa división canceló los haberes durante el tiempo de actividad, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000.

11.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se enumeran como fundamento de derecho las siguientes disposiciones:

Constitución Política : Arts. 13, 25, 29, 53 y 28

Ley 131 de 1985

Ley 4 de 1992

Decreto 1211 de 1990

Decreto 1212 de 1990

Decreto 1214 de 1990

Decreto 1793 de 2000

Decreto 1794 de 2000

Decreto 1050 de 2011

El concepto de la violación es planteado por el accionante de la siguiente forma:

"DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD:

La Ley 19 de 1983 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas, el Presidente expidió el Decreto 089 de 18 de enero de 1984 mediante el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 80 estableció la prima de actividad para personal en servicio activo, equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

El artículo 151 del citado Decreto instauró el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.

Posteriormente, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le concedió la Ley 5ª de 1988, expidió el Decreto 095 de 11 de enero de 1989, por el cual se reformó el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y que en el artículo 82 reguló la prima de actividad de la siguiente forma: Artículo 82: Prima de Actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

Así mismo, el artículo 153 incluyó dentro de la liquidación de prestaciones la prima de actividad y en el artículo 154 estableció el cómputo de esta en las asignaciones de retiro y demás prestaciones.

El artículo 263 ibídem estableció que ese Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto-Ley 89 de 1984 y surte efectos fiscales con fecha de 1º de enero de 1989; la fecha de la publicación es de 11 de enero de 1989.

Mediante el Decreto Ley 1211 de 1990, el Presidente de la República reformó el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y dejó intactas las disposiciones en cuanto a la prima de actividad; este Decreto rige a partir del 8 de junio de 1990 y derogó el Decreto Ley 095 de 1989.

La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, 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.

Respecto de la naturaleza de los soldados profesionales por el decreto 1793 de 2000, por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares tenemos que:

"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"

De acuerdo con la norma transcrita, los beneficiarios de la prima de actividad son los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, entendiendo como empleado público la persona natural a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y tome posesión del mismo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda.

Sin embargo y no obstante ser los soldados los más militares de todos los militares al momento de la expedición de su estatuto se desconoció el reconocimiento de esta prima en contra de la realidad frente a la actividad laboral que prestan estos trabajadores al servicio del estado.



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

Siguiendo el hilo jurisprudencial de LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL, la prima de actividad es entendida, como una prestación especial que busca reponer el desgaste físico y emocional al que son sometidos los miembros de las fuerzas militares, en razón del peligro inherente a su labor de defensa del estado, tal como lo expresa en su Sentencia C432-04 de 2004 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, (...)

"De lo expuesto podemos concluir que la existencia de prestaciones especiales a favor de los miembros de la fuerza pública, lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad, a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que permitan acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en porcentajes o en derechos, en aras equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente"(...).

Así las cosas, la prima de actividad es una prestación que se les reconoce a todos los miembros de las fuerzas militares incluso a los civiles que trabajan al interior del Ministerio de Defensa, pero en este reconocimiento no se encuentran los soldados profesionales, por lo cual es evidente que nos encontramos frente a un grave caso de violación al derecho de igualdad, teniendo en cuenta que tanto oficiales, suboficiales y soldados profesionales, están sometidos a las mismas condiciones y riesgos del servicio (incluso mayores), que los hace merecedores de recibir el mismo trato con respecto a las prestaciones propias del servicio, tal como lo corrobora la Honorable Corte Constitucional en su SENTENCIA N° 1571/2000 MAGISTRADO PONENTE FABIO MORON DIAZ, donde sostiene que: (...)

"Debe observarse que la indicada norma constitucional (art. 53), además de estar encaminada a la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, es un desarrollo específico del principio general de la igualdad (artículo 13 C.P.), inherente al reconocimiento de la dignidad humana, que impone dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación aunque admite la diversidad de reglas cuando se trata de hipótesis distintas.

Nuestra Constitución Política, al referirse a los principios que deben gobernar a la administración pública, nos señala entre otros, a los de eficacia, economía, celeridad, igualdad, etc. , principios que no deben convertirse en letra muerta, sino que deben ser respetados y cumplidos por los administradores de turno.

DERECHO Y DEBER DEL TRABAJO.- ART. 25 C.N. "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

La administración si trata en forma irregular y abiertamente discriminatoria a los soldados profesionales al ser los único que no obstante formar parte de la Planta de Personal del Ministerio de defensa, ser miembros de las fuerzas militares no devenguen esta prima incluso por debajo de los empleados públicos que desempeñan funciones administrativas dentro de la misma entidad.

DEBIDO PROCESO.- La Constitución Política prescribe: "El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones jurídicas y administrativas... Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso"



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

Las autoridades administrativas deben observar y respetar en todo momento las normas que regulen los procedimientos a seguir con el fin de presentar las garantías, derechos y obligaciones de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho.

En este artículo debe analizarse en concordancia con el artículo 2º del mismo estatuto, que preceptúa que: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Pero ¿cuál deber del Estado, cuáles deberes sociales se están cumpliendo, cuando se desconoce un derecho sin importar la vulneración de principios constitucionales y legales como los que en esta demanda se analizan?

DERECHOS DEL TRABAJADOR.- ART. 53 C.N. "El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; ... irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales ... situación más favorable al trabajador ... primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social ..., protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad."

DERECHOS ADQUIRIDOS .- ART. 58 C.N. – "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las Leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por la Leyes posteriores...."

En el caso objeto de examen estamos frente a unos derechos de carácter laboral, que han sido adquiridos por mi mandante por las funciones desempeñadas y que no se pueden burlar, por cuanto ello, igualmente burlaría los mandatos Constitucionales. Que no pueden ser desconocidos unilateralmente y sin argumento jurídico valedero, sin las formalidades propias del debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

De otra parte, el derecho al trabajo tiene una doble dimensión: Una objetiva "que lo dota de una especial fuerza vinculante frente al poder público, garantiza no sólo su debida aplicación normativa, sino la necesaria vinculación entre la aplicación del derecho al trabajo y su eficacia de hecho"; y una subjetiva, que se deriva del artículo 1º del estatuto superior, al definirse Colombia como un Estado Social de Derecho, pues la garantía a la igualdad, consagrada en el artículo 13 ibídem, permite que los trabajadores, en igualdad de condiciones, disfruten sus derechos.

DERECHO A LA IGUALDAD: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación ... El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta..."



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

Debe entenderse la igualdad como una relación de comparación que se da entre personas, objetos o situaciones. El principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren o reconozcan excepciones o privilegios que excluyan a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias; de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada una de las hipótesis fácticas, según las diferencias plasmadas en ella.

Es claro que se expide un estatuto discriminatorio en el que la entidad demandada, no le Reconoce a los soldados profesionales su naturaleza de militares que al igual que los oficiales y suboficiales tiene derecho a ostentar el pago de la prima de actividad a que tiene derecho por desempeñar funciones militares propiamente dichas, se menoscaba así de manera ostensible EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS ANTE LA LEY, toda vez que, a pesar de que la Administración le asigna en razón de su estatuto al cual está vinculado funciones MILITARES con las mismas responsabilidades y deberes de quienes si se les reconoce este pago, niega el reconocimiento de esta prima a que legalmente se tiene derecho.

Al respecto de la vulneración del precepto constitucional en comento, la H. Corte Constitucional manifestó en Sentencia T – 098 de 1997, Sala Tercera de Revisión, reiteración de jurisprudencia, lo siguiente:

"...No es posible crear distingas entre trabajadores según el régimen que los cobije en relación a una misma prestación social. No se pueden establecer "categorías" de trabajadores, colocando a unos en mejor situación que a otros cuando se encuentran ante un mismo derecho..."

Por otra parte, el salario como integrante del derecho fundamental al trabajo y respecto de su desigualdad, dio origen al principio laboral, aplicable tanto a lo público como a lo privado: "A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL", el cual pretende EVITAR DISCRIMINACIONES ENTRE TRABAJADORES QUE DESEMPEÑEN IDÉNTICAS LABORES CON IGUAL PREPARACIÓN, LOS MISMOS HORARIOS, LA MISMA LABOR E IGUAL CATEGORÍA, Y POR LO MISMO, IDÉNTICAS RESPONSABILIDADES. Este principio es objetivo y no meramente formal, predicándose de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales.

DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En este punto es menester evaluar la constitucionalidad de la disposición, en orden a determinar si hay lugar a recurrir a lo dispuesto por el artículo 4º superior, esto es, a la denominada "excepción de inconstitucionalidad" y al hacerlo termina adelantando un genuino examen de constitucionalidad del precepto en cuestión.

El juez no puede entrar a evaluar la constitucionalidad de las normas y que debe limitarse a aplicarlas y que la hipótesis que suele denominarse "excepción de inconstitucionalidad" no autoriza al juez a fungir de Tribunal de Constitucional ad hoc cada vez que estime que haya lugar a ello.

En efecto, la presunción de constitucionalidad de las leyes es sin duda uno de los pilares sobre los que descansa nuestro Estado de Derecho y ello tiene que ser así pues este instituto está asociado a uno de los presupuestos medulares de toda democracia



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

constitucional: el principio de certeza del derecho, el cual supone el acatamiento de las leyes por parte de todos, incluidos —por supuesto— los jueces de la República (art. 230 Superior), salvo decisión del juez competente en contrario.

Presunción iuris tantum íntimamente asociada al principio democrático, como atinadamente señala la doctrina: "El primer argumento a favor de la presunción de constitucionalidad de la ley está conectado con la teoría defendida por cierta corriente filosófica que considera que el proceso democrático es valioso por su tendencia a generar decisiones correctas desde un punto de vista moral. La idea es que la participación de los afectados en la deliberación colectiva y en la toma de decisiones, así como la aplicación de la regla de la mayoría, permiten garantizar que las decisiones que se adopten para resolver los conflictos de intereses sean razonables (...).

De ahí que la presunción de constitucionalidad de una norma con fuerza de ley tan solo puede ser desvirtuada por el juez constitucional, bien sea la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Constitución Política, ya por el Consejo de Estado cuando conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, en virtud del control difuso de constitucionalidad que distingue a nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien la anterior conclusión no descarta la hipótesis excepcional consignada en el artículo 4º Superior, esto es, la aplicación constitucional preferente —también denominada "excepción de inconstitucionalidad"— ella no entraña que el juez se erija en estos casos en "sucedáneo" del órgano de control constitucional competente.

El artículo 4º de la Constitución Nacional, en contraste, prevé tan solo la aplicación constitucional preferente, y exige como condición la "incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica".

Incompatibilidad, que como ha señalado la Corte Constitucional, es un elemento esencial para que haya lugar a aplicar esta figura que como en el presente caso se presenta, toda vez que media una gravísima contradicción, de tal magnitud que no resulta aplicable simultáneamente el precepto constitucional y la norma legal o administrativa.

Repugnancia ostensible que debe saltar a la vista del intérprete y que le impide adelantar profundos razonamientos jurídicos tendientes a determinar si existe o no inconstitucionalidad del precepto. Solo si media una oposición flagrante entre los dos preceptos (constitucional y legal o administrativo) hay lugar a esta figura.

Así lo ha dejado en claro de vieja data la Corte Constitucional al indicar que:

"La acción pública de inconstitucionalidad, hoy consagrada en el artículo 241 de la Carta Política, busca asegurar la supremacía e integridad de la Constitución.

(...)

El artículo 4º de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a estos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución —lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública— sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la norma y su estudio de constitucionalidad y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales (C.N., art. 4º).

Es por ello que en el caso que nos ocupa es necesario realizar este estudio de inconstitucionalidad por excepción en aras a concluir que en cuando se crea el estatuto de los soldados profesionales se desconoce su naturaleza de militares que en razón de su actividad de riesgo deberían ser acreedores a la prima de actividad al igual que los demás miembros de las fuerzas armadas.

Es por ello que estamos en presencia de una aplicación de una norma de suyo legal porque no ha existido un fallo de inconstitucionalidad contra la misma pero que no por ello no deviene en inconstitucional su aplicación al evidenciarse un detrimento de derechos constitucionales como el derecho a la igualdad en contra de un grupo de trabajadores que arriesgan su vida todos los días por la seguridad nacional al igual que otros militares que por la misma razón si les es reconocida esta labor y remunerada esta prima."

11.4. TRÁMITE

Por medio de auto del 24 de abril de 2013 se admitió la demanda, se ordenó la notificación de la parte demandada, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y de la Agente del Ministerio Público en forma personal. Se dispuso además la notificación de la parte demandante por estado y se señaló una suma para gastos del proceso. Se reconoció personería al apoderado de la parte actora.

La notificación de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL y de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO se surtió mediante el envío de mensaje de datos dirigido a las direcciones electrónicas notificaciones.sincelejo@mindefensa.gov.co y procesos@defensajuridica.gov.co

11.5. LA DEFENSA

11.5.1 NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL

La excepciones propuestas por la demanda su argumento son coincidentes en el sentido que el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 cubre a todos los soldados profesionales y fija su régimen salarial y prestacional, dentro del cual no se contempla la



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

prima de actividad, razón por la cual el accionante carecería de derecho para acceder a esta prestación.

Como razón de su defensa la parte demandada hace un recuento acerca de la normatividad que ha regulado el régimen de los soldados voluntarios y de los soldados profesionales desde la Ley 131 de 1985 hasta el actualmente vigente Decreto 1793 de 2000.

Igualmente se hace un recuento acerca de los antecedentes normativos que regulan la prima de actividad.

Del análisis de las disposiciones que se citan en la contestación de la demanda, la parte accionada concluye que los soldados profesionales no tienen dentro de sus prestaciones sociales el derecho al reconocimiento de la prima de actividad, tal como aparece previsto en el Decreto 1794 de 2000, el cual le resulta aplicable.

En lo relativo a la solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, la entidad demandada sostiene que el Decreto 1794 de 2000 fue expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las normas señaladas en la Ley 4ª de 1992. Este decreto concreta el mandato contenido en el Numeral 19 del Art. 150 de la Constitución Política, que asigna al Gobierno la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Cita además un aparte de una providencia del Consejo de Estado.

Considera además que al reconocerse la calidad de militares y la labor que desarrollan los soldados profesionales por parte del Gobierno, se procedió a la expedición de un Régimen que vino a constituir un ostensible mejoramiento prestacional y salarial frente a lo que venían devengando cuando eran soldados voluntarios.

El soldado profesional, que inicialmente se denominó soldado voluntario, fue creado mediante la Ley 131 de 1985, como respuesta a la necesidad de formar soldados que ingresaran de manera voluntaria a las Fuerzas Militares para contrarrestar la acción de los grupos armados ilegales y cooperaran en la preservación de la seguridad y defensa nacional. A través del Decreto 1794 de 2000 se estableció el *"Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, y en el Capítulo 3 se regula lo relacionado con los salarios y prestaciones, parte de estas disposiciones fueron derogadas por el Decreto 4433 de 2004.

Al pronunciarse acerca de los derechos adquiridos, la entidad demandada cita apartes de la Sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional y se refiere al derecho a la igualdad.

11.6. CONSIDERACIONES



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

Agotadas las etapas previstas en el Capítulo Quinto del Título V de la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sin que se configure alguna causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, pasa el Despacho a pronunciarse de fondo acerca de las pretensiones de la demanda y de las excepciones propuestas.

11.6.1 TESIS DE LAS PARTES Y PROBLEMAS JURÍDICOS

11.6.1.1 Tesis parte demandante: La parte demandante manifestó que se vulnera el derecho a la igualdad, al discriminarse a un grupo de trabajadores que arriesgan sus vidas todos los días por la seguridad nacional, de la misma forma en que se arriesgan otros militares a quienes sí se les reconoce la prima de actividad.

Precisa que al momento de expedirse el estatuto, se desconoció el reconocimiento de esta prima lo cual viene a resultar en contra de la realidad frente a la actividad laboral que prestan estos trabajadores al servicio del Estado. Cita un aparte de la Sentencia T-098 de 1997 de la Sala Tercera de Revisión en donde se indica que no es posible crear distingos entre trabajadores según el régimen que los cubre a una misma prestación social.

El salario, como integrante del derecho fundamental al trabajo, dio origen al principio "*a trabajo igual, salario igual*", lo cual en el presente caso habría sido desconocido por la entidad demandada. Este principio busca evitar discriminaciones entre trabajadores que desempeñen idénticas labores con igual preparación, los mismos horarios, la misma labor e igual categoría, y por lo mismo idénticas responsabilidades.

Igualmente estima el demandante que se ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso y se ha desconocido el propósito de las autoridades de proteger a los habitantes de la República en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, tal como se dispone en el Art. 2 de la Constitución Política.

La Administración en este caso ha omitido su deber de proteger los derechos del trabajador, así como la garantía de los derechos adquiridos. El derecho a percibir la prima de actividad derivaría de la naturaleza de las funciones desempeñadas por el accionante y que no pueden ser burladas, por cuanto ello burlaría los mandatos constitucionales que no pueden ser desconocidos unilateralmente y sin argumento jurídico valedero, sin las formalidades propias del debido proceso.

11.6.1.2 Tesis de la Parte demandada

Coincide la parte demandada en afirmar que el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 cubre a todos los soldados profesionales y fija su régimen salarial y prestacional, dentro del cual no se contempla la prima de actividad, razón por la cual el accionante carecería de derecho para acceder a esta prestación.

El problema jurídico se planteó así:



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

¿Resulta inconstitucional el régimen previsto para los soldados profesionales contenido en el Decreto 1794 de 2000 por violación al derecho a la igualdad?

¿Es procedente extender los efectos de las disposiciones que establecen la prima de actividad para los oficiales y suboficiales a los soldados profesionales?

El principal problema jurídico se plantea de esa forma debido a que la primera pretensión de la demanda está encaminada a obtener la inaplicación del Decreto 1794 de 2000 por vía de excepción de inconstitucionalidad.

11.6.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

- PRIMA DE ACTIVIDAD

La Ley 19 de 1983 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas, el Presidente expidió el Decreto 089 de 18 de enero de 1984 mediante el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 80 estableció la prima de actividad para personal en servicio activo, equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

El artículo 151 del citado Decreto instauró el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.

Posteriormente, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le concedió la Ley 5ª de 1988, expidió el Decreto 095 de 11 de enero de 1989, por el cual se reformó el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y que en el artículo 82 reguló la prima de actividad de la siguiente forma:

"Artículo 82: Prima de Actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico."

Vemos que la prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los oficiales y suboficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares, 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.

- DERECHO A LA IGUALDAD Y LOS RÉGIMENES ESPECIALES



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

La Corte Constitucional en Sentencia C- 229 de 2011 Magistrado Ponente Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA expediente D-8266 ha explica lo siguiente:

"3. El derecho a la igualdad y los regímenes especiales

3.1 El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes¹. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.

No obstante, el anterior enunciado puede presentar variables que por sí mismas no hacen que una norma sea discriminatoria. Así, el legislador puede dar un trato distinto a personas que, respecto de un cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales. Así mismo, la igualdad no excluye la posibilidad de que se procure un tratamiento diferente para sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique².

De este modo, no existe trato discriminatorio cuando el legislador otorga un tratamiento diferente a situaciones que, en principio, podrían ser catalogadas como iguales, si tal igualdad sólo es aparente o si existe una razón objetiva y razonable que justifique el trato divergente. De la misma manera, nada se opone a que el legislador prodigue un tratamiento idéntico a situaciones aparentemente distintas, pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad.

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 proporcionalidad³.

3.2 Sobre este punto se ha pronunciado en múltiples oportunidades esta corporación. Desde sus inicios manifestó al respecto:

"El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos

¹ Sobre el tema de la igualdad se ha pronunciado la Corte en múltiples sentencias, entre las cuales se pueden consultar la T-597 de 1993; C-461 de 1995; C-230 1994; C-101 de 2003 (sobre regímenes especiales).

² Al respecto se ha pronunciado la Corte en las sentencias C-445 del 4 de octubre de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-590 del 7 de diciembre de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-173 del 29 de abril de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

³ Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996 .



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

*iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes*⁴.

*"Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática*⁵.

3.3 Para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido como metodología válida la realización de un juicio de igualdad⁶. Dicho juicio implica establecer cuáles son las situaciones o supuestos susceptibles de comparación con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo diferente que amerite un trato divergente. Una vez hecho lo anterior, hay que verificar si ese tratamiento obedece o no a criterios objetivos, razonables, proporcionados y que resulten acordes con una finalidad constitucional legítima. En últimas, lo que hay que establecer es si la norma objeto de control constitucional regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable. Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual⁷.

3.4. En lo que concierne a regímenes especiales, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que su existencia, per se, no desconoce el principio de igualdad⁸. Tales regímenes responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social⁹ y su objetivo reside en la "protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados"¹⁰. 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.)."

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-526 del 18 de septiembre de 1992.

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992.

⁶ Pueden consultarse las sentencias C-445 de 1995, ya citada, C-598 del 20 de noviembre de 1997, C-654 del 3 de diciembre de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-888 del 22 de octubre de 2002.

⁷ Sobre la estructura del derecho a la igualdad y concretamente lo relacionado con el test de razonabilidad pueden consultarse las sentencias T-230 del 13 de mayo de 1994 y C-022 de 1996, ya citada.

⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En igual sentido se han proferido las sentencias C-654 de 1997, ya citada, C-080 del 17 de febrero de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-890 del 10 de noviembre de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-956 del 6 de septiembre de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y C-1032 del 27 de noviembre de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

Nuestro máximo Tribunal Constitucional con relación al derecho a la igualdad en Sentencia C- 057 de 2010 MP Dr. Mauricio González Cuervo Exp D 7795, se refiere a las distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, concluyendo:

"(...)

6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes " (Subrayas fuera de texto)

- EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Con relación a la excepción de Inconstitucionalidad esta es una prerrogativa otorgada a los jueces y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan entrar a dejar de aplicar una norma porque se considera inconstitucional, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política, ahora para que esta opere es necesario que se observe una flagrante oposición entre las normas constitucionales y la norma cuya inaplicación por esta vía se pretende, así lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:

"La excepción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de control establecidos para garantizar la supremacía de la Constitución, cuyo fundamento deviene del artículo 4º superior y faculta a todas las autoridades administrativas y judiciales para que, en la resolución de una situación particular y concreta, inapliquen una disposición legal o reglamentaria por ser contraria a la Constitución. La Corte Constitucional estableció que para inaplicar las normas contrarias a la Carta Política, se debe verificar que el contenido de la disposición sobre la que se predica la inconstitucionalidad sea evidentemente contrario a la Constitución. De tal manera que, el concepto de incompatibilidad es elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, quien está llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. En este sentido, valiéndose del significado del vocablo



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

incompatibilidad, la Corte ha dicho que son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe¹¹

11.6.3 CASO CONCRETO

INAPLICACIÓN DEL DECRETO 1794 POR VÍA DE EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La excepción de inconstitucionalidad es una figura jurídica que permite la inaplicación de normas con fuerza de ley en la medida en que su contenido resulte incompatible con las disposiciones de orden constitucional, en cumplimiento del principio de jerarquía normativa contenido en el Art. 4 superior¹².

Para establecer si el Decreto 1794 de 2000 vulnera las disposiciones de orden superior, se hace necesario confrontarlo con aquellas que el accionante estima como vulneradas.

El principal argumento que plantea la parte actora para considerar que el Decreto 1794 de 2000 resulta inconstitucional se refiere al derecho a la igualdad, pues no se prevé el reconocimiento y pago de la prima de actividad a los soldados profesionales a diferencia de lo que ocurre con el resto del personal uniformado.

La confrontación del Decreto 1794 de 2000 con el Art. 13 de la Constitución Política¹³ no permite concluir que se esté vulnerando directamente y de forma manifiesta de forma que sea procedente su inaplicación, toda vez que el mencionado decreto prevé el pago de la prima de actividad solo para oficiales y suboficiales, configurándose en principio una

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, D.C., Quince (15) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00072-01(17719) Actor: JOSÉ ALBERTO CASTRO HOYOS Y CIA S.C.A. CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES.

¹² ARTÍCULO 4º. 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 deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

¹³ ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

desigualdad entre los soldados profesionales y los demás servidores públicos del sector defensa. Sin embargo, esta diferenciación no viene a resultar per se en vulneración de la Constitución Política, pues la existencia de regímenes diferentes tiene su razón de ser en la forma de selección, ingreso y vocación de permanencia que tienen los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.

Para pertenecer a la carrera de oficial o de suboficial de la Fuerza Pública, se requiere agotar un proceso de selección y aprobar un programa de estudios que deriva en una forma de servicio tendiente al ascenso a lo largo del tiempo de servicio. A medida que se asciende en la jerarquía castrense, los requisitos y preparación así como la experiencia se hacen más exigentes, así como el grado de responsabilidad. Este aumento progresivo de la responsabilidad debe estar acompañado de una remuneración proporcional, así como de una vocación de permanencia. Mientras que el soldado profesional tal como lo establece el Decreto 1793 de 2000 son los varones capacitados con la finalidad de actuar en las unidades de combate y apoyo del mismo en la ejecución de operaciones militares.

Una importante proporción del personal uniformado de oficiales y suboficiales está desarrollando labores administrativas y de apoyo que no están directamente relacionadas con el combate y que sin embargo exigen una preparación y la permanencia al servicio de la Institución. Lo anterior implica además que no solamente la labor correspondiente al enfrentar los peligros que conlleva el mantenimiento del orden público sea el criterio para que se conceda la prima de actividad, pues esta es reconocida al personal de oficiales y suboficiales sin que se distinga si participan directamente en las operaciones y procedimientos de combate.

Además los oficiales son formados, entrenados y capacitados para ejercer la "*conducción y mando*" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, por su parte los suboficiales les corresponden las funciones de apoyo a los oficiales y los soldados profesionales y los agentes, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes. Los oficiales, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades y es por eso que su responsabilidad es mayor lo que explica la diferencia salarial y prestacional.

La conclusión a la que se llega en este sentido es que la prima de actividad no compensa el desempeño de labores de combate, sino la pertenencia a la carrera de oficiales o suboficiales sin tener en cuenta la actividad que desarrollen.

Por lo anterior, no encuentra el Despacho que se configure la violación del derecho a la igualdad por cuanto el régimen aplicable a los soldados profesionales no prevea el reconocimiento de la prima de actividad que sí se reconoce a oficiales, suboficiales, toda vez que dicha prestación no deriva de la actividad desarrollada sino de la naturaleza del empleo.

11.6.4 CONCLUSIÓN

La conclusión a la que se llega en el presente caso es que el cargo de nulidad planteado no ha sido probado, de forma que prevalece la presunción de legalidad que ampara al



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

acto demandado. Es decir, no está probada la inconstitucionalidad del Decreto 1794 de 2000 por lo que se denegarán las pretensiones de la demanda.

11.6.5 LA CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que en la sentencia se dispondrá la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil.

Por lo anterior, se condena en costas a la parte demandante las cuales serán tasadas por la Secretaría conforme lo establece el artículo 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil. Las Agencias en derecho se establecen a favor del demandado, en la suma de \$ 651.755.1 corresponde al 5% de las pretensiones, conforme lo establece el Acuerdo 1887 y 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

11.6.6 ASPECTOS ACCESORIOS

Ejecutoriada esta providencia, hágase entrega a la demandante de la suma depositada para gastos ordinarios del proceso y archívese el expediente.

12. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar probada la excepción de merito denominada LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO. Las demás excepciones propuestas por la parte demandada se declaran no probadas.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Se condena en costas a la parte demandante las cuales serán tasadas por la Secretaría conforme lo establece el artículo 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil. Las Agencias en derecho se establecen a favor del demandado, en la suma de \$ 651.755.1 corresponde al 5% de las pretensiones, conforme lo establece el Acuerdo 1887 y 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, hágase entrega a la demandante de la suma depositada para gastos ordinarios del proceso y archívese el expediente.

13. NOTIFICACIONES



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE SINCELEJO

La sentencia se notificara conforme lo establece el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

14. FIN DE LA AUDIENCIA

Finalizado el objeto de la presente audiencia, se ordena la elaboración del acta y su firma por quienes intervinieron en ella. Fecha y hora de finalización de la audiencia: jueves, veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013). Fin de la grabación del video a las 10:31 de la mañana.

Original Firmado

LORENA MARGARITA ÁLVAREZ FONSECA
Juez

ELVIS ADRIÁN MORALES BRANGO
Apoderado Parte Demandante

Original Firmado

NEHFER DARLAH ORTEGA MADRID
Profesional Universitaria

Original Firmado

MARCO ESTEBAN BENAVIDES ESTRADA
Apoderado Parte demandada