



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, **29 SEP 2017**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HUMBERTO BEDOYA TORRES
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2016-00096-00

Agotados los ritos propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El ciudadano **HUMBERTO BEDOYA TORRES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.942.044, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., demanda a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas

Que se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 20165660278741: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 8 de marzo de 2016 firmado por el Teniente Coronel Néstor Jaime Giraldo Giraldo – Oficial Sección Nomina, mediante la cual se negó el reconocimiento pago e inclusión de la prima de actividad al 49,5% del salario básico.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a Nación – Ministerio de Defensa Nacional al reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49,5% del salario básico del actor, aplicando la

prescripción cuatrienal desde la fecha de petición del 4 de enero de 2016 cancelando el capital, indexación e interés de Ley hasta el pago total de la obligación conforme a la Ley 1437 de 2011.

Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

1.3. Fundamentos Fácticos

Como sustento de las pretensiones se narran los siguientes hechos:

Que el señor HUMBERTO BEDOYA TORRES actualmente es funcionario activo en calidad de soldado profesional del Ministerio de Defensa Nacional, en el Ejército Nacional; que su vinculación estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985; que en servicio activo, los soldados profesionales e infantes de marina son los únicos funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional que no devengan prima de actividad.

Así mismo señala que los funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional devengan prima de actividad, tanto los militares como los civiles.

Que mediante Oficio de fecha 26 de febrero de 2016 radicó derecho de petición ante la Nación – Ministerio de Defensa, solicitando reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49,5% del salario básico, por derecho a la igualdad con los demás funcionarios de las fuerzas militares.

Que a partir de julio de 2007, se incrementó la prima de actividad de quienes tenían el 15% conforme el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 – *"Para individuos con menos de quince (15) años de servicios, el 15%"* – y conforme el Decreto 1515 de 2007 se incrementó al 22,50%; que a partir de julio de 2007, la prima de actividad de los funcionarios en servicio activo es del 49,5% de conformidad con el Decreto 1515 de 2007 y Ley 4 de 1192.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación

Como normas violadas se establecieron las siguientes:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2016-096
Demandante: Humberto Bedoya Torres
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

De la Constitución Política los artículos 2, 4, 6, 123, 29 y 53; así como la Ley 4ª de 1992 – artículo 10, Ley 131 de 1985, Decreto 4433 de 2004, Decretos 1793 y 1794 de 2000, Decreto 1211, y 1214 de 2000.

Como concepto de la violación, el apoderado cita los artículo 2º y 4º Superiores sobre los cuales señala que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que la prima de actividad no está contemplada para los soldados profesionales e infantes de marina, pero si para los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa.

Asimismo, se arguye que se vulnera el derecho a la igualdad de manera flagrante por la Nación – Ministerio de Defensa, al discriminar a los soldados profesionales e infantes de marina respecto de los demás funcionarios del Ministerio de Defensa.

Precisa que la autoridad judicial incurrió en una omisión legislativa, al discriminar y no reconocer la citada prestación a los soldados profesionales e infantes de marina al igual que a los demás funcionarios del Ministerio de Defensa máxime quienes cumplen un mandato constitucional y legal, siendo el eslabón más débil de la pirámide jerárquica militar, vulnerando con ello su mínimo vital y los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Concluye el apoderado afirmando que al demandante en su salario básico le asiste el derecho a que se le reconozca, pague e incluya la prima de actividad al 49,5%, toda vez que su no inclusión vulnera su mínimo vital y demás derechos conexos fundamentales.

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida con providencia del 23 de agosto de 2016 (fls. 22 - 23) y una vez notificada la entidad accionada la contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones perseguidas, por carecer de sustento fáctico y jurídico.

Agrega que la entidad pública que representa cuando expidió los actos administrativos lo hizo conforme a derecho, orientada por el principio de legalidad que enmarca sus decisiones, señalando que la norma por la cual se rigen los soldados profesionales es el Decreto 1794 de 2000, y que la mencionada prima no es reconocida al personal de

soldados profesionales, que en virtud de ello la solicitud elevada por el demandante no tiene vocación de prosperidad (fls. 32 - 34).

El día 28 de febrero de 2017 se llevó a cabo audiencia inicial (fls. 53 - 57), de conformidad con el artículo 180 del CPACA; luego se llevó a cabo la incorporación de pruebas en diligencia de que trata el artículo 181 de dicho estatuto el día 28 de marzo de 2017, ordenándose la presentación por escrito de los alegatos de conclusión (Fls. 76 - 78), termino durante el cual las partes guardaron silencio.

2. Pruebas obrantes en el expediente:

- Derecho de petición, mediante el cual el actor solicita el pago de la prima de actividad (fl. 16).
- Repuesta al derecho de petición con radicado No. 20165660278741: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10, con fecha del 8 de marzo de 2016 (fl. 17).
- Copia del desprendible de pago de enero de 2016 (fl. 18).
- Copia del expediente administrativo del Soldado Profesional Humberto Bedoya Torres (fls. 69 - 73).
- Certificado de los haberes percibidos por el demandante y tiempo de prestación del servicio (fls. 67 - 68).

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observe causal que invalide lo actuado, procede el despacho a decidir de fondo el presente asunto bajo el siguiente esquema:

3.1. Cuestiones previas

3.1.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Frente a las pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas al expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2016-096
Demandante: Humberto Bedoya Torres
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del C.P.A.C.A., se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado¹.

3.2. Problema jurídico

El fundamento del presente proceso es decidir sobre la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente al Decreto 1211 de 1990 y en consecuencia, resolver la pretensión de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20165660278741: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 8 de marzo de 2016, mediante el cual se negó al actor el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad.

En consecuencia, para el caso concreto se resolverá el siguiente problema jurídico: ¿tiene derecho el señor HUMBERTO BEDOYA TORRES, Soldado Profesional del Ejército Nacional, al reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad en porcentaje del 49,5% de acuerdo con la Ley aplicable al caso concreto?

3.3. Argumentos y Sub argumentos que resuelven el problema jurídico planteado.

En orden a resolver el problema jurídico planteado, el Despacho analizará: (i) De la excepción de inconstitucionalidad, (ii) El Marco Jurídico de la prima de actividad para el personal de las Fuerzas Militares, (iii) De la igualdad en materia salarial y de regímenes especiales, (iv) Del incremento de la prima de actividad consagrado en el Decreto 2863 de 2007, (v) Del principio de oscilación de los miembros de la Fuerza Pública, y (vi) El caso concreto.

¹ Ver el artículo 626 CGP.

3.3.1. De la excepción de inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad tiene su punto de partida de tipo normativo en el la segunda parte del inciso primero del artículo 4º de la Constitución Política², que cita:

“ARTICULO 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”.

Artículo que según la doctrina *"hace posible la aplicación normativa de toda la Constitución, del ejercicio del control constitucional, de la concreción del Estado social de derecho y de la vigencia del Estado constitucional democrático, es decir, del hecho de ser realmente regidos por una Constitución"*³. Así, la Corte Constitucional definió la excepción referida como *"una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales"*⁴.

Por su parte, el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, establece el llamado control por vía de excepción el cual no es más que la aplicación directa del artículo 4º de la Constitución Política en la práctica del control difuso de constitucionalidad, incluyendo para el caso el control de los actos de contenido particular como subregla, como se pasa a ver:

“ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.”

Frente a la competencia para el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad la Corte Constitucional señala que son competentes los jueces, las autoridades administrativas y los particulares, así:

³ Quinche Ramírez, Manuel F., *"Derecho Constitucional Colombiano"*, Bogotá, D.C., Editorial Temis, sexta edición, 2015, pág. 38.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-389 de 2009, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto, expediente No. T-1400804, del 28 de mayo de 2009.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

“hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto”

De otra parte, se ha precisado que los efectos de la inaplicación normativa vía excepción de inconstitucionalidad atañen sólo a las partes del caso en concreto, toda vez que esta excepción no anula la norma, pues *“el artículo 4o superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política”*⁵, así la norma no se declara inexecutable, sino que se deja de aplicar para un caso concreto por ser inconstitucional, considerándose ello como una manera de ejercer el control concreto constitucionalidad.

La Corte Constitucional ha enfatizado también el marco de análisis que conlleva el examen de la referida excepción así como el ámbito de su aplicación, como se indicó en la sentencia C – 600 de 1998 al precisar:

“La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla.” (Negrilla y subraya fuera del texto).

Además de ello, señaló la Corte Constitucional:

“En efecto, en el caso de los fallos en los que la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un precepto, a menos que sea ella relativa y así lo haya expresado la propia sentencia -dejando a salvo aspectos diferentes allí no contemplados, que pueden dar lugar a futuras demandas-, se produce el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, prevista en el artículo 243 de la Constitución. Y, entonces, si ya por vía general, obligatoria y erga omnes se ha dicho por quien tiene la autoridad para hacerlo que la disposición no quebranta principio ni precepto alguno de la Carta Política, carecería de todo fundamento jurídico la actitud del servidor público que, sobre la base de una discrepancia

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia”, cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 600 de 1998 - Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 de la Ley 393 de 1997, M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, expediente No. D-2047, veintinueve (21) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

*con la Constitución -encontrada por él pero no por el Juez de Constitucionalidad- pretendiera dejar de aplicar la norma legal que lo obliga en un proceso, actuación o asunto concreto.*⁷
 (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Así las cosas, de lo expuesto es posible concluir que para poder aplicar la denominada excepción de inconstitucionalidad es necesario que concurren dos requisitos, a saber (i) que sobre la norma en estudio no exista un pronunciamiento de exequibilidad de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado⁸ y, (ii) que la norma sea violatoria de la Constitución Política.

3.3.2. Marco Jurídico de la prima de actividad

Sobre los antecedentes de la prima de actividad, tenemos que fue creada por la Ley 131 de 1961 a favor del personal de **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo y del personal civil al servicio de las Fuerzas Militares**, con exclusión del personal de la Justicia Penal Militar. Allí se estipuló que dicha prima no era computable para efectos de asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales.

Posteriormente se expidió el Decreto N° 089 de 1984, "Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", en éste se consagró el reconocimiento de la prima de actividad para los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares**, equivalente al 33% del sueldo básico, así:

"ARTICULO 80. 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." (Subrayado y negrilla fuera del texto).

En este mismo decreto se consagró la prima de actividad como partida computable para la asignación de retiro y demás prestaciones sociales a que tuvieron derecho los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares**, de la siguiente manera:

⁷ Ibid.

⁸ Véase sentencia C – 600 de 1998, de conformidad con lo estipulado en el artículo 20 de la Ley 393 de 1997: "**ARTICULO 20. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.** Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de Ley o Acto Administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el Juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el Juez la aplique oficiosamente.

PARAGRAFO. El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso."

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

“ARTÍCULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este Estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

- a) *CESANTIA Y DEMAS PRESTACIONES UNITARIAS, sobre:*
 (...)
- b) *ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES, sobre:*

Sueldo básico.
Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
Prima de antigüedad.
Prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este Estatuto.
Doceava parte de la prima de navidad.
Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
Subsidio familiar, liquidado conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este Estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.” (Negrilla y subraya fuera del texto).

Respecto a la forma en que debía computarse dicha prima de actividad en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares el artículo 151 de este mismo estatuto consagró:

“ARTÍCULO 151. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales la prima de actividad de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se computará de la siguiente forma:

Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
Para individuos con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)” (Negrilla y subraya fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que adquirieran el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con posterioridad a la expedición del Decreto 089 de 1984, “*Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*”, tendrían derecho a que se computara la prima de actividad que devengaban en actividad, en los porcentajes establecidos en el artículo 151 de dicho decreto.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Posteriormente, los Decretos 095 de 1989⁹, 1211¹⁰, 1212¹¹ y 1214¹² de 1990 reformaron el estatuto personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dejando incólume el porcentaje que por prima de actividad devengaba el personal en servicio activo, esto es el 33%, y el porcentaje en que la devengaría el personal retirado como partida computable en la asignación de retiro, obedeciendo al tiempo servido, como se observa:

“Artículo 82 Decreto 095 de 1989.- 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”. (Negrilla y subraya fuera del texto).

Por su parte, el Decreto 1211 de 1990 precisó el monto de la prima de actividad para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, así:

ARTICULO 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.” (Negrilla y subraya fuera del texto).

De lo expuesto se extrae que la referida prima de actividad se encuentra establecida dentro del salario y prestaciones sociales de los sujetos que se encuentren en el grado de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de conformidad con la jerarquía y equivalencia establecida para efectos de mando, régimen interno, disciplinario y lo correspondiente a Justicia Penal Militar, estipulados en el artículo 1º de la Ley 1104 de 2006¹³.

Empero, el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales tiene su normatividad propia, la cual corresponde a la contenida en el Decreto 1794 de 2000, del cual no se observa artículo alguno del que pueda inferirse que la denominada prima de actividad también hace parte del salario de los Soldados Profesionales.

⁹ Decreto 095 de 1989, “Por el cual se reforma el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”.

¹⁰ Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”: 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.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ Ley 1104 de 2006 “Por medio de la cual se modifican artículos del Decreto 1790 de 2000, en la carrera de los integrantes de las Fuerzas Militares”.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Por su parte, con el Decreto 4433 de 2004, fijo el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, precisando lo siguiente:

“ARTICULO 1o. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto.

(...)

ASIGNACIÓN DE RETIRO

ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 *Sueldo básico.*

13.1.2 **Prima de actividad.**

13.1.3 *Prima de antigüedad.*

13.1.4 *Prima de estado mayor.*

13.1.5 *Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.*

13.1.6 *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*

13.1.7 *Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.*

13.1.8 *Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 *Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.*

13.2.2 *Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.” (Negrilla y subraya fuera del texto).*

Ahora bien, en el año 2007 se expidió el Decreto 1515 que en su artículo 32 dispuso incrementar la prima de actividad, artículo que fue modificado por el artículo 2º del Decreto 2863 del mismo año, en los siguientes términos:

“Artículo 2º. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990”

Así, al verificar los artículos de los decretos que menciona esta norma, se logra determinar que **quienes tienen derecho al incremento del 50% en la prima de actividad es el personal activo de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares**¹⁴ y de la

¹⁴ **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

Policía Nacional¹⁵ y los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional¹⁶.

Ahora bien, el artículo 4º de este mismo Decreto consagró:

Artículo 4º. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007. (Negrilla y subraya fuera del texto).

Así las cosas, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional en servicio activo sería incrementado en un 50%, y, conforme al artículo 4º de esta misma norma, en virtud del principio de oscilación, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro también tiene derecho al incremento en el mismo porcentaje en que se haya ajustado la del activo correspondiente.

Ahora bien, respecto de la aplicación que debe darse al Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, debe observarse el artículo 7º que consagró:

“Artículo 7º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el inciso tercero del párrafo del artículo 2º y el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 y las demás normas que le sean contrarias y surte efectos fiscales a partir del 1º de julio de 2007.” (Subraya del Despacho).

De acuerdo con la norma citada se observa, que el incremento en la prima de actividad operó a partir de la vigencia del Decreto 2863 de 2007, esto es 27 de julio de 2007, para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional en actividad; así como para aquellos miembros de la Fuerza Pública que obtuvieron y obtengan el derecho a la Asignación de Retiro con anterioridad o en vigencia de dicho

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

decreto, a quienes se les reconoce la prima de actividad en el porcentaje allí indicado, pero **sólo de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.**

3.3.3. De la igualdad en materia salarial y de regímenes especiales

El principio de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo se encuentra estipulado en la Constitución Política en el artículo 53, en concordancia con el artículo 13 *ibídem*, referente a la promoción por parte del Estado de las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando las medidas correspondientes en favor de grupos discriminados o marginados.

De lo cual se puede extraer la máxima que establece que en materia laboral a trabajo igual corresponde igual remuneración, igualdad que se encuentra predicada entre iguales, en situaciones con iguales supuestos de hecho a los cuales se deberá otorgárseles el mismo trato, como lo ha expresado la Corte Constitucional¹⁷, indicando específicamente frente a la igualdad en los regímenes especiales que *"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 (...) 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"¹⁸*, siendo pertinente resaltar que la Corte ha indicado que *"para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad"¹⁹*.

Así, para el caso del régimen especial de las Fuerzas Militares, se estableció expresamente que sería el Legislador quien debía determinar el régimen prestacional de estos²⁰, justificando tal posición en la necesidad de proteger los derechos de un grupo de personas

¹⁷ Sentencia C-279 de 1996, Conjuez Ponente, Hugo Palacios Mejía.

¹⁸ Sentencia C-229 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Constitución Política, artículo 150, numeral 19, literal e): *"Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública"*, en concordancia con el artículo 217 *ídem*.: *"La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (...)".*

que por sus especiales condiciones *"merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social"*²¹.

Frente a las prestaciones sociales y su aplicación en los diferentes regímenes la Corte Constitucional ha indicado que en materia salarial el principio de igualdad *"no impide que la Ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad. Los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial"*²².

3.3.4. Incremento de la prima de actividad consagrado en el Decreto 2863 de 2007

En el año 2007 se expidió el Decreto 1515 que en su artículo 32 dispuso incrementar la prima de actividad, artículo que fue modificado por el artículo 2º del Decreto 2863 del mismo año, en los siguientes términos:

"Artículo 2º. Modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así: Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%). (Negrilla y subrayado del Despacho).

Frente al principio de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones el artículo 4º *ibídem* dispuso:

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 25 de noviembre de 2004, Radicado No. 11001-03-25-000-2003-0122-01 y No. Interno 0642-03.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

“Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.” (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, de conformidad con el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional en servicio activo sería incrementado en un 50%, y, conforme al artículo 4° de esta misma norma, en virtud del principio de oscilación, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro también tiene derecho al incremento en el mismo porcentaje en que se haya ajustado la del activo correspondiente.

Por su parte el Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia del 9 de diciembre de 2015²³, precisó la forma en que debía ser aplicado el incremento referido en la normativa citada de señalando lo siguiente:

“De acuerdo con la normatividad que se ha venido analizando, se reitera que el porcentaje en el cual debe incrementarse la prima de actividad “no corresponde al 50% de lo ya reconocido, o como lo sostiene la entidad demandada, del porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del Decreto, como en efecto lo hizo la entidad demandada, sino el 50% del porcentaje contenido en el artículo 84 del decreto 1211 de 1990, que corresponde al 33%”²⁴ ...

... Así mismo, no corresponde reajustar la prima de actividad en atención al tiempo de servicio, como lo hizo la demandada, sino que debía tenerse en cuenta el porcentaje en el que se haya ajustado el del personal activo.

De igual manera, el porcentaje del 30% del sueldo básico, que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007 venía siendo reconocido por concepto de prima de actividad al demandante, no resulta modificable, y por lo tanto no es viable aumentar la base de la prima de actividad del 30% al 33% como lo hizo el A quo en la providencia recurrida, en razón a que aquel fue reconocido con fundamento en la norma aplicable al caso concreto...” (Subrayado fuera del texto).

Y providencia del 31 de marzo de 2016, indicó que:

... “A criterio de la Sala, la entidad demandada aplicó erróneamente la disposición citada, puesto que de conformidad con el espíritu de la norma, cuando hace referencia al incremento de la prima de actividad para la asignación de retiro, en un porcentaje del 50% no es frente al porcentaje que ya viene siendo reconocido, sino

²³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No 5, M.P. Dra Patricia Victoria Manjares Bravo, providencia de fecha 9 de diciembre de 2015, Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Rad. 150013333009-2014-00145-01, Dte: Luis Carlos Camargo Padilla y Ddo: CREMIL.

²⁴ Op. Cit. 1

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

sobre el 50% del porcentaje que percibe el personal activo, es decir, del 33 % de cuya operación aritmética resulta el 16.5% máxime si dicho precepto no condicionó su aplicación porcentual al tiempo de servicio prestado y además en su artículo 4²⁵ contempló la efectivización del principio de oscilación...”

Así pues, resulta claro que el incremento del 50% sobre la prima de actividad ordenado en el artículo 2º del Decreto 2863 del 2007, corresponde al 50% del porcentaje establecido en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, es decir, del 33% de cuya operación aritmética resulta un 16.5%.

3.3.5. Del principio de oscilación de los miembros de la Fuerza Pública

Respecto del principio de oscilación de los miembros de la Fuerza Pública tenemos que en principio fue definido por el artículo 153 del Decreto 2063 de 1984, sin embargo hoy en día se encuentra consagrado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004²⁶, actual estatuto que contiene el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Según este el principio de oscilación hace referencia a que en el mismo porcentaje en que se incremente la asignación básica para los miembros activos se empleará para las asignaciones de retiro y pensiones, es decir, que las asignaciones de retiro se reajustarán en la misma proporción en que se incrementan los sueldos del personal activo de la fuerza pública.

3.4. Caso concreto

El apoderado de **la parte actora** solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20165660278741: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 8 de Marzo de 2016, y como consecuencia se condene a la demandada a título de restablecimiento del derecho, al reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49,5% del salario básico del actor. Afirma el apoderado que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad toda vez que no está contemplada la prestación de la prima de actividad en la normatividad de las fuerzas militares, para los soldados e infantes de marina, y si lo está para los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa Nacional.

²⁵ Decreto 2863 de 2007

²⁶ **Decreto 4433 de 2004, ARTÍCULO 42. OSCILACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y DE LA PENSIÓN.** Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2016-096
Demandante: Humberto Bedoya Torres
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Señala que se vulnera el derecho a la igualdad al discriminar a los soldados profesionales e infantes de marina respecto de los demás funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional, al no reconocerles la citada prima de actividad, indicando que la autoridad judicial incurrió en una omisión legislativa al no reconocer dicha prestación al personal ya referido, máxime cuando están cumpliendo un mandato constitucional y legal siendo el eslabón más débil de la pirámide jerárquica militar, vulnerando con ello su mínimo vital y los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Por su parte, la **entidad demandada** señaló que cuando expidió los actos administrativos lo hizo conforme a derecho, orientada por el principio de legalidad que enmarca sus decisiones. Afirma que la norma por la cual se rigen los soldados profesionales es el Decreto 1794 de 2000 y que la mencionada prima no es reconocida a este personal, razón por la cual deben negarse las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, dentro del proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- Que el demandante prestó sus servicios a las Fuerzas Militares, en servicio militar desde el 22 de mayo de 1996 al 10 de noviembre de 1997, como Soldado Voluntario desde el 22 de noviembre de 1997 al 31 de octubre de 2003, y como Soldado Profesional desde el 1 de noviembre de 2003 al 30 de noviembre de 2016, acumulando 20 años, 8 meses y veintiséis días de servicios (fl. 68).
- Que el accionante devengó en servicio activo, entre otros haberes, el sueldo básico y el subsidio familiar (fl. 18 y 67).
- El actor con petición fechada del 28 de febrero de 2016, solicitó el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49,5% del salario básico, por derecho a la igualdad con los demás funcionarios de las fuerzas militares (Fl. 16).
- Que mediante oficio No. 20165660278741: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10M, fechado del 8 de marzo de 2016, se negó al actor el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49,5% del salario básico, en virtud del Decreto 1794 de 2000 (Fl. 17).
- Que mediante orden administrativa de personal No. 2599 del 15 de noviembre de 2016 se retiró del servicio el señor HUMBERTO BEDOYA TORRES por tener derecho

a la pensión, de conformidad con el Decreto Ley 1793 de 2000 a partir del 30 de noviembre de 2016 (fl. 69).

Como quiera que el presente asunto se trata la remuneración del señor Humberto Bedoya Torres, quien prestó sus servicios al ministerio de Defensa Nacional como **Soldado Profesional**, es claro que el régimen salarial y prestacional que rige para la determinación de su salario es el contemplado en el Decreto 1794 de 2000, según el cual se establece que el salario básico para este personal comprende *"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%)"*, reiterando como se dijo líneas arriba, que el citado Decreto 1794 de 2000 no previó dentro de las prestaciones sociales devengadas por los Soldados Profesionales la denominada prima de actividad, que por tal razón no habría lugar al reconocimiento de la mencionada prima de actividad como emolumento adicional a la asignación salarial mensual del actor.

Aunado a lo anterior se tiene que el Decreto 1211 de 1990 que fijo el régimen salarial de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, no tuvo ninguna injerencia frente a la prima de actividad para el personal de Soldados Profesionales ni de Infantes de Marina, por lo cual no es posible aducir que la citada prestación resulte ser aplicable al régimen salarial de estos últimos.

Ahora bien, frente a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad solicitada por el actor, haciendo referencia a la vulneración del derecho a la igualdad entre los Soldados Profesionales y los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa, debe decir el Despacho que ya en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la igualdad en materia salarial refiriéndose a los diferentes emolumentos percibidos por los miembros de las Fuerzas Militares según su jerarquía teniendo en cuenta los postulados constitucionales del caso, en donde se ha precisado que si bien se trata de una misma entidad, también es cierto que se está ante cargos que ostentan diferentes funciones y responsabilidades como resultado de la misma

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

jerarquización propia de una institución como lo es el Ejército Nacional, indicando específicamente:

“En términos generales, el derecho a la igualdad comporta la equivalencia de trato que debe prodigarse a las personas que se encuentren en una misma situación y en la diferencia de trato respecto de las que se encuentren en circunstancias disímiles, esto es, lo que Ferrajoli²⁷ denomina el modelo de “igual configuración jurídica de las diferencias”. En el modelo de Estado social de derecho, esta concepción de la igualdad se traduce en la intolerancia del Estado y la sociedad frente a las diferencias de trato que no estén soportadas en una razón objetiva.

(...)

La Corte en reiterada jurisprudencia²⁸ ha reconocido que la diversidad en el tratamiento prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene fundamento en la naturaleza de las competencias que desarrollan, las cuales se enmarcan en la asunción de funciones y riesgos de distinta índole, en relación con aquellas que asumen otros servidores del Estado”²⁹ (Subraya fuera del texto).

En el mismo sentido, el Consejo de Estado señaló:

“(...) se observa que, la remuneración de los miembros de la fuerza pública debe obedecer al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades, por lo que es claro que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones. de esta manera, es verdad que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la Fuerza Pública deben tener la misma remuneración por su trabajo, pero esta interpretación debe ajustarse al artículo 53 de la Constitución, según el cual la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones.

Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad.

Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al incrementar la prima de actividad debe seguir el mandato constitucional por el cual se señala que al mismo trabajo corresponde el mismo salario; e igualmente debe sujetarse a la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos, y la naturaleza de los cargos y las funciones, como lo señala la Ley 4 de 1992”³⁰ (Negrilla y subrayado fuera del texto).

La situación planteada por el actor se evidencia en anterior pronunciamiento del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2014³¹, en el que se señaló:

“En primer lugar, el estudio de la vulneración del derecho a la igualdad en materia laboral que propone el actor, presenta una dificultad, en tanto no se realizó un ejercicio de argumentación que permita establecer cómo los

²⁷ Ferrajoli Luigi. Derechos y Garantías, pág. 75, Editorial Trotta, 2009.

²⁸ Ver sentencias C-654/97, C-292/01, C-835/02, C-101/03, C-432/04, entre otras.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C – 592 de 2014, M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014).

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-2009)

³¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B"; C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-2009).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2016-096
 Demandante: Humberto Bedoya Torres
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo, en razón de sus funciones, tienen en aplicación del derecho a la igualdad, derecho al incremento de la prima de actividad.

En efecto, el accionante afirma que los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo son la parte más débil de la jerarquía en la fuerza pública y quienes corren más riesgos, sin embargo esta afirmación no es suficiente para que se pruebe la vulneración al derecho a la igualdad alegada por el actor. Así, la Sala insiste en que el demandante no demuestra cómo en aplicación del principio a trabajo igual salario igual, tendrían derecho a un aumento de la prima en comento.

En segunda medida, no obstante lo explicado anteriormente, la Sala precisa que la regulación del régimen prestacional de la fuerza pública se realiza de manera concurrente entre el legislador quien fija las pautas generales, a través de leyes cuadro y el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios lo desarrolla. En efecto la Ley 4 de 1992 señaló en el artículo 2 los lineamientos que debe acatar el Gobierno:

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

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

De la lectura de estos literales se observa que la remuneración de los miembros de la fuerza pública debe obedecer al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades, por lo que es claro que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones.

(...)

se destaca que para demostrar la violación del derecho a la igualdad a partir de la comparación entre supuestos de hechos diferentes y entre personas cobijadas por regímenes distintos, como lo plantea el actor en este proceso, se "exige un análisis constitucional encaminado a justificar que los que son diferentes deben ser tratados igual, lo cual sólo está constitucionalmente ordenado en circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensada por otros beneficios"³². (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, reitera el Despacho que la inclusión de la prima de actividad en la base de liquidación salarial del demandante sólo es aplicable a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en virtud de lo previsto en el Decreto 1211 de 1990 y el Decreto 1794 de 2000, sin que por esto se esté vulnerando el derecho a la igualdad, pues se trata de personal con funciones y condiciones que difieren de conformidad con el régimen de carrera previsto para los miembros de las Fuerzas Militares. Aunado a lo anterior se tiene que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos acusados por lo que se denegaran las pretensiones de la demanda.

3.5. Costas

En consideración a las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado³³ el Despacho se abstendrá en condenar costas a la parte vencida en la medida en que en el expediente no se probó su causación.

³² Sentencia C-980 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, – Subsección "A" C.P: William Hernández Gómez. Fecha siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01 No. Interno 1291-2014.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2016-096
Demandante: Humberto Bedoya Torres
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Por lo expuesto, el **Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

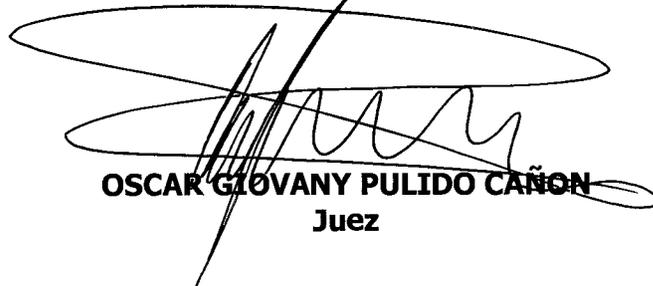
F A L L A:

Primero.- NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Sin condena en costa en esta instancia.

Tercero.- En firme ésta providencia archívese el proceso dejando las anotaciones de rigor, y si existen remanentes devuélvanse a las partes.

Notifíquese y cúmplase



OSCAR GIOVANY PULIDO CAÑÓN
Juez