



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 11001-33-35-009-2019-00273-00
DEMANDANTE: RUBER NEL BORRERO ARROYO
DEMANDADO: NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL–
EJÉRCITO NACIONAL

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia que en derecho corresponde, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación.

I. Antecedentes

1. La demanda y su contestación

1.1. Pretensiones

La parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende se declare la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Acto Administrativo con radicado No. 20183130254731 del 12 febrero de 2018, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de la prima de instalación y la prima de actividad.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita: **i)** Reconocer el pago de las sumas de dinero dejadas de percibir por concepto de la prima de instalación, así como los viáticos derivados de la vinculación hasta la fecha de la sentencia y que las mismas sumas sean reconocidas hasta tanto persista la vinculación; **ii)** Reconocer y pagar la prima de actividad dejada de percibir



desde el momento de su vinculación hasta la fecha de la emisión de la sentencia y las que se causen en lo sucesivo mientras continúe la vinculación; **iii)** Reconocer y pagar perjuicios materiales e inmateriales causados durante el lapso de tiempo que no se pagó la prima de instalación y la prima de actividad.; **iv)** Que las sumas antes referidas sean indexadas; **vi)** Se condene a la entidad demandada el pago de agencias en derecho, costas procesales y gastos.

1.2. Fundamentos fácticos

El demandante es soldado profesional del Ejército Nacional de Colombia, fue trasladado durante el término de vinculación de forma permanente, siendo sus últimos traslados al batallón de infantería # 36 y al batallón de inteligencia # 1.

El 27 de julio de 2017, elevó petición a la entidad demandada¹, a fin de que se le reconociera el derecho a la prima de actividad, de igual forma en escrito sin fecha visible de radicado solicitó² el reconocimiento de la prima de instalación consagrada en el canon 94 del Decreto 1211 de 1990, teniendo en cuenta que había sido trasladado en dos ocasiones, para prestar sus servicios profesionales, considera que aun cuanto dicha normativa es solo aplicable para oficiales y suboficiales, debe aplicársele el principio de igualdad consagrado en el Art. 13 de Constitución Nacional.

Ante la falta de respuesta del Ejército Nacional, el accionante se vio obligado a instaurar acción de tutela, para lograr una respuesta de fondo a su petición, fallo que fue emitido a su favor por el Juzgado 2º Administrativo de Florencia – Caquetá el 30/01/2018³, quien ordenó al Ejército Nacional emitir respuesta de fondo frente a las peticiones del actor.

Mediante Acto Administrativo con radicado No. 20183130254731 del 12 febrero de 2018⁴, la entidad demandada negó el reconocimiento de la prima de instalación y de la prima de actividad, por considerar que, la normatividad a la que hace alusión para el reconocimiento de dichas primas es el Decreto 1211 de 1990 aplicable solo al personal de oficiales y suboficiales, no para el personal de soldados profesionales, pues a éstos últimos se les aplica lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, norma que no contempla el pago de dichas primas.

¹ PDF 01 p. 19.

² PDF 01 pp. 20-21.

³ PDF 01 pp. 22-28.

⁴ PDF 01 p. 33.



1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Como normas violadas la parte actora invoca las siguientes:

- Constitucionales: artículos 13, 16, 42, 44 y 53.
- Decreto 1211 de 1990: artículo 94.
- Decreto 1212 de 1990: artículo 38.
- Jurisprudenciales: Radicado: 2013-00534 del veintisiete (27) de julio de dos mil trece (2013). Consejo de Estado.

En torno al concepto de violación argumentó que, el acto administrativo enjuiciado viola y/o desconoce los principios de (i) igualdad material, (ii) solidaridad, y (iii) favorabilidad, al discriminar los derechos laborales de los soldados profesionales en Colombia; negando así a) la prima de instalación y b) la prima de actividad.

Respecto a la discriminación por el no reconocimiento de la prima de instalación resaltó que, tal discriminación se extiende incluso a las familias de los soldados profesionales, dado que éstos son quienes menos ingresos perciben, deben asumir de su propio pecunio el traslado de sus familias para realizar la prestación de un servicio que en la mayoría de los casos se realiza por amplios periodos de tiempo, sometidos de forma irrazonable e injustificada a dejar a sus familias lejos de los lugares a donde son trasladados, lo que pone en riesgo la estabilidad familiar, siendo ésta la base de la sociedad.

Describe que, por el contrario, a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, según el Art. 94 del Decreto 1211 de 1990, cuando son trasladados o destinados en comisión permanente a un lugar distinto al de su residencia, tendrán derecho, si fueren casados o viudos con hijos a su cargo, a una prima de instalación equivalente a un mes de haberes correspondientes a su grado, indica que si bien esta normativa se dirige a oficiales y suboficiales, por aplicación del principio de favorabilidad e igualdad, puede ser aplicable también a los Soldado Profesionales conforme lo establece el artículo 13 de la Constitución Política

Con relación a la prima de actividad mencionó que, resulta paradójico que dicho reconocimiento lo ostenten todos los miembros de las fuerzas públicas desde los



oficiales, suboficiales⁵ hasta los miembros civiles del ejército⁶, y llama la atención que siendo los soldados profesionales los miembros de la fuerza pública que más se exponen a los riesgos propios en defensa de la seguridad y soberanía del país, sean a quienes no se le reconozca la prima de actividad.

Por tanto, insiste que el acto demandado es violatorio de la ley y discriminatorio.

Finalmente, menciona que en sentencia de radicación No. 2013-00534 del 27 de julio de 2013, el Consejo de Estado acreditó los parámetros establecidos para determinar la afectación al derecho a la igualdad, y precisó que *“El test integrado por la igualdad, está compuesto por tres etapas de análisis a saber: i. criterios de comparación, esto es, determinar si se trata de sujetos de la misma naturaleza, ii. Definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales iii. Concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente. Finalmente, es importante resaltar que la regla general para la aplicación de las leyes en el tiempo es que mismas rigen a partir de su vigencia.”*

1.4. Escrito de contestación

La apoderada de la entidad demandada en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Como argumentos de fondo expuso en síntesis que, el demandante ingresó como Soldado profesional en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 los cuales establecen el régimen de carrera y régimen salarial para los soldados profesionales.

Señaló que el Decreto que regula el sistema prestacional de los soldados profesionales no establece prima de instalación, ni prima de actividad para éstos, por lo tanto, no se puede reconocer lo que no está establecido en la norma.

Así mismo argumentó que, la estructura y organización que comportan las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional como integrantes de la Fuerza Pública⁷, de hecho, conlleva un tratamiento diferenciado en el régimen salarial y prestacional que es propio de tales organismos que encuentra su justificación en el rango jerárquico que se

⁵ Decretos 1211 de 1990 y Decreto 1212 de 1990.

⁶ 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.

⁷ Artículos 216 a 218 de la Constitución Nacional.



ostenta, y en estrecha relación con este, a las funciones⁸ y tareas asignadas en la defensa de la soberanía o en el mantenimiento del orden público interno; Es decir que dentro del propio régimen especial pueden presentarse desigualdades de trato fundadas en la situación personal que cada servidor público adscrito a la Fuerza Pública tiene frente al Estado, pues así mismo, es el marco de sus responsabilidades y la diversificación de las tareas a él encomendadas.

En este orden de ideas concluye que, el acto enjuiciado goza de legalidad, toda vez que fue expedido con las leyes vigentes y aplicables al soldado profesional Borrero Arroyo, siendo imposible hacer un reconocimiento que la ley no contempla, para este grupo de personas⁹.

Por lo anterior, solicitó se niegue la totalidad de las pretensiones de la demanda.

De otro lado, propuso la excepción que denominó:

- ❖ “*Caducidad del medio de control*”: arguye que, de acuerdo a lo consagrado en el art. 2.2.4.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015¹⁰, el demandante presentó conciliación ante la procuraduría el 12 de junio de 2018, y tenía hasta el 14 de junio para presentar la demanda de nulidad ante la jurisdicción administrativa, es decir suspendió el término por dos (2) días, los cuales se contabilizarían una vez se expidiera la constancia por parte la procuraduría, misma que se efectuó el 22 de junio de 2018, por tal razón tenía hasta el 26 de junio de 2018, para interponer la acción; no obstante, la demanda fue radicada el 02 de julio de 2019, es decir un año después, motivo por el cual solicita se declare probada la excepción de caducidad.

⁸ Sentencia C-676 de 2001.

⁹ (Soldados Profesionales).

¹⁰ ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.3. Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

- a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o
- b) **Se expidan las constancias** a que se refiere el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, o
- c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

(...) /Negritas fuera de texto/.



1.5. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 03 de julio de 2018¹¹ y repartida el mismo día al Juzgado 3° Administrativo de Florencia, quien a su turno a través del auto fechado 22/05/2019¹², declaró la falta de competencia para tramitar el asunto y ordenó su remisión a los Juzgados Administrativos de Bogotá (reparto); correspondiendo su competencia este Despacho, quien admitió la demanda el 3 de febrero de 2020¹³, siendo debidamente notificada al extremo pasivo el 23 de julio de 2021¹⁴, entidad que presentó escrito de contestación en tiempo¹⁵.

Con auto del 03 de febrero de 2023¹⁶, se fijó el litigio de la presente demanda, se resolvió sobre la práctica de las pruebas y se corrió traslado para alegar de conclusión.

1.5.1. Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho, la parte accionada rindió escrito de alegaciones finales. La parte accionante presentó alegatos de manera extemporánea y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno¹⁷.

1.5.2. Alegatos de conclusión de la demandada

La entidad demandada reiteró la excepción de caducidad planteada y los argumentos presentados en la contestación de la demanda, basando sus motivos en que el presente proceso es un asunto de pleno derecho y reiteró que el demandante al ser soldado profesional esta cobijado bajo el régimen del Decreto 1793 de 2000 y el Decreto 1794 de 2000, y en ningún momento este régimen contempla la prima de instalación, o la prima de actividad para este grupo de personas.

Por último, solicitó se niegue todas las pretensiones formuladas por carecer de derecho.

¹¹ Según sello de recibido por parte de apoyo de la Rama Judicial / véase el archivo [Pdf 003](#) carpeta titulada “DigitalizadoContratista” p. 1, así como el acta de reparto visible en el archivo [Pdf 005](#) ubicado en la carpeta antes referida - expediente Digital./

¹² Véase el archivo [Pdf 018](#) carpeta titulada “DigitalizadoContratista” del expediente digital.

¹³ Archivo [Pdf 002](#) del expediente digital.

¹⁴ Archivo [Pdf 008](#) del expediente digital.

¹⁵ Archivo [Pdf 016](#) del expediente digital.

¹⁶ Archivo [Pdf 020](#) del expediente digital.

¹⁷ Según constancia secretarial de fecha 24/03/2023, archivo [Pdf 025](#) del expediente digital.



2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en el auto de fecha 03 de febrero de 2023, el problema jurídico se contrae a determinar si hay lugar a declarar la nulidad del oficio No. 20183130254731 del 12 de febrero de 2018, y si como consecuencia de lo anterior, resulta procedente ordenar en favor del demandante: **i)** el reconocimiento y pago de las primas de instalación y actividad previstas en el Decreto 1211 de 1990; **ii)** el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados por el no pago de las reclamadas primas; y **iii)** el pago de las sumas a reconocer debidamente indexadas, las costas y agencias en derecho.

2.2. Cuestión previa

(i) El medio exceptivo intitulado “DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL” según el ART. 164 NUMERAL 2 LITERAL D CPACA’, formulado por la entidad demandada¹⁸, tiene vocación parcial de prosperidad, habida cuenta que en tratándose del reconocimiento de la prima de actividad, esta no prospera por cuanto el derecho alegado sobre el cual pretende el reconocimiento el actor (prima de actividad), se trata de una prestación periódica que se recibe de manera mensual mientras se está en actividad¹⁹, por lo tanto, no está sujeto al término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el literal c) del numeral 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

(ii) En cuanto al reconocimiento de la prima de instalación, ésta no tiene el carácter de prestación periódica, pues es un pago, que se le realiza a aquellos oficiales y/o suboficiales que en servicio activo sean trasladados o destinados en comisión permanente dentro del país y tengan por ello que cambiar de lugar de residencia, lo que les da el derecho a recibir una prima de instalación equivalente a un (1) mes de los haberes correspondientes a su grado, ahora bien, adicionalmente estos oficiales y/o suboficiales tendrán que acreditar para recibir dicho rubro, que son casados o viudos con hijos a su cargo.

¹⁸ Pdf 12 p. 2 del expediente digital.

¹⁹ Caso del actor, quien según hoja de vida ubicada en el [archivo 015 ubicado en la carpeta denominada “DigitalizadoContratista”](#), se encontraba en actividad al momento de instaurar la demanda.

Con base en lo anterior, el Despacho declarará probada la caducidad, teniendo en cuenta que, al no ser ésta una prestación de carácter periódico, debía el actor formular la demanda dentro los 4 meses siguientes a la emisión de acto administrativo que le negó su reconocimiento, al respecto se encuentra probado en el expediente que **(i)** el 12 de febrero de 2018, se emitió acto administrativo que le negó el reconocimiento y pago de la prima de instalación al actor, dicho acto administrativo según el actor se le notificó el 13 de febrero de 2018²⁰; es decir tenía hasta el 14 de junio de 2018, para presentar la demanda, no obstante, el 12 de junio de 2018 presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 71 Judicial I para asuntos Administrativos, es decir interrumpió el termino faltando dos días para que venciere. **(ii)** la Procuraduría antes referida el 22 de junio de 2018, declaró que el asunto no era susceptible de conciliación, por tratarse de una controversia que versa sobre la legalidad o ilegalidad de actos administrativos, cuya nulidad escapa al trámite conciliatorio prejudicial; lo anterior quiere decir que el actor contaba en tal sentido hasta el 24 de junio de 2018 para presentar la demanda, sin embargo, **(iv)** el actor radicó la demanda el 03 de julio de 2018²¹, es decir que para dicha data, ya había operado el fenómeno jurídico de la caducidad. Razón más que suficiente para que el despacho no emita pronunciamiento de reconocimiento al respecto, máxime cuando el mismo demandante al momento de solicitarla expresó:

-Frente a la petición relacionada con la prima de instalación

Aunque dicha normativa es solo aplicable para oficiales y suboficiales solicito que se conceda el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de nuestra constitución nacional toda vez que se encuentra adscrito ante el mismo ministerio prestando sus servicios para las honorables fuerzas militares, por otra parte es dable afirmar que es desigual que los oficiales y suboficiales que devengan un salario mucho mayor merecedores de este derecho, no se le concede los mismos beneficios a los soldados profesiones teniendo que pueden encontrarse en la misma situación fáctica "Esposa, hijos y demás" que le generan un costo adicional a estas personas, sin que el gobierno les conceda un reconocimiento o subsidio por dicho traslado.

2.3. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

²⁰ Véase hecho No. Séptimo de la demanda.

²¹ véase el archivo [Pdf 003](#) carpeta titulada "DigitalizadoContratista" p. 1, así como el acta de reparto visible en el archivo [Pdf 005](#) ubicado en la carpeta antes referida - expediente Digital./



2.3.1. Partida de Matrimonio del 16 de diciembre de 2011, contraída entre Ruber Nel Borrero Arroyo y Abigail Peñuela Izquierdo. ([archivo 01 fl. 18](#))

2.3.2. Petición de fecha 07 de julio de 2017, a través de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actividad. ([archivo 01 fl. 19](#))

2.3.3. Petición sin fecha, a través de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de instalación. ([archivo 01 fl. 20-21](#))

2.3.4. Oficio No. 20183130254731 del 12 de febrero de 2018, a través del cual la entidad demandada, negó el reconocimiento y pago de la prima de instalación y de la prima de actividad, bajo el sustento que, a los soldados profesionales los cobija el régimen salarial y prestacional consagrado en el Decreto 1794 de 2000, mismo que no contempla el pago de tales primas. ([archivo 01 fl. 33](#))

2.3.5. Hoja de vida militar del actor, a través de la cual se aprecia que, su grado es Soldado Profesional, que ingresó el 23 de junio de 2002 al Ejército, y a la fecha de expedición de dicha Hoja de vida, esto es, 04/03/2019, se encontraba laborando. ([archivo 015 ubicado en la carpeta denominada “DigitalizadoContratista”](#)); es decir al momento de presentación de la demanda éste figuraba en actividad.

2.3.6. Se precisa que el mismo demandante desde la reclamación es consciente que, el régimen prestacional de los Soldados Profesionales no contempla el reconocimiento de la prima de instalación, ni de la prima de actividad, pues indicó:

-Frente a la petición relacionada con la prima de Actividad

Lo anteriormente solicitado es con base al derecho a la igualdad consagrada en nuestra constitución nacional artículo 13 de esta normatividad, y la jurisprudencia proferida por el consejo de estado, el cual manifiesta que existe una igualdad de los derechos tanto de los oficiales, suboficiales y soldados profesionales.

2.4. Del reconocimiento y pago de la Prima de Actividad.

El **Decreto 1212 de 1990**, “*Por la cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*” consagra el reconocimiento de la prima de actividad en el Art. 68 así:

*“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.”

El **Decreto 1211 de 1990** “*Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*” consagra el reconocimiento de la prima de activada en el art. 84 así:

“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.”*

El **Decreto 1214 de 1990**, “*Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.*”, consagra a su turno la prima de actividad en el art. 32 y la prima de instalación en el art. 42, de la siguiente manera:

“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.*

Ahora bien, está probado en expediente que el actor ostenta la calidad de **Soldado Profesional**²², y en virtud del **Decreto Ley 1793 de 2000** fue instituido el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, definiéndose así la condición de soldado profesional, al igual que los requisitos para la selección e incorporación a dicha fuerza:

“ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. *Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.*

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

ARTÍCULO 4. REQUISITOS PARA INCORPORACIÓN. *Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:*

- a) Ser colombiano.*
- b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.*
- d) Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.*
- e) Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.*
- f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el comandante de la Unidad a la*

²² [archivo 015 ubicado en la carpeta denominada “DigitalizadoContratista”](#)



cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.

g) Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.

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

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

PARÁGRAFO. *Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”.*

En lo que atañe al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, debe mencionarse que en los términos del artículo 38 del **Decreto 1793 de 2000** se autorizó al Gobierno Nacional para que fuese éste quien lo expidiera:

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

Posteriormente, el Presidente de la República profirió el **Decreto 1794 de 2000**, a través del cual se fijó “...el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, estableciéndose las condiciones a las cuales debían estar sujetos y cuál era la asignación salarial que sería devengada por los soldados profesionales; así mismo, se precisó que, sin distinción alguna devengarían de forma adicional a la asignación salarial las siguientes primas de **“antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad”**, así como también un **“subsidio familiar y cesantías”**, las cuales se determinarían tomando como base el sueldo básico.

Como bien se apreció en el libelo de la demanda, el actor pretende que se aplique lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política, y, en consecuencia, se obtenga el reconocimiento de la prima de actividad y la prima de instalación que se le reconoce a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, y de la policía nacional; para ello, es válido traer a consideración lo dispuesto en el artículo 148 del C.P.A.C.A., que establece:

“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”.

Pues bien, el control por vía de excepción establecido en el artículo citado, tiene su injerencia en los medios de control que tengan por objeto dejar sin efectos aquel acto

administrativo tendiente a la vulneración o que resulte ser contrario a los preceptos instituidos en la Constitución Política; por esta razón, el juez administrativo (plural o unipersonal) en uso de sus prerrogativas y facultades, podrá disponer la inaplicación de la normativa de inferior jerarquía que va en contravía del ordenamiento jurídico Superior, mediante decisión que únicamente aplicará frente a quienes integren el litigio.

Lo anterior se encuentra cimentado en el artículo 4º de la Constitución Política, el cual dispone que **“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”**. Con todo, debe resaltarse que el referido medio de excepción trae inmersa una obligación expresa, consistente en que el operador judicial procure siempre dar aplicación a los mandatos constitucionales, máxime al advertir que la norma de menor jerarquía infrinja la Carta Superior.

2.5. Aplicación del derecho a la igualdad en materia salarial y regímenes especiales

Entre las garantías laborales mínimas fundamentales enunciadas en el artículo 53 de la Constitución, se encuentran las asociadas a la *“remuneración, mínima vital y móvil, y proporcional a la cantidad de trabajo”*; principios que guardan una estrecha relación con el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 *ibidem*. Por tanto, debe destacarse que al igual que otros principios y derechos constitucionales, es primordial que el Estado a través de sus instituciones asuma el rol para salvaguardarlos, en aras de que sean reales y efectivos.

En esta línea de exposición, es pertinente enfatizar que el derecho a la igualdad tratado desde la perspectiva laboral y de los regímenes especiales como el aplicado a las fuerzas militares, deberá predicarse siempre entre iguales, dado que así lo ha precisado la H. Corte Constitucional²³

“[...]

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 diferentes. 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.

[...]

En lo que concierne a regímenes especiales, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que su existencia, per se, no desconoce el principio de igualdad. Tales

²³ Corte Constitucional Sentencia C-229/11 del 30 de marzo de 2011, Magistrado Ponente Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Referencia: Expediente D-8266.

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 social [...]”.

Consecuente con lo dicho por el Máximo Tribunal Constitucional, es diáfano que los regímenes especiales no pueden estar asociados ni observarse como un hecho de violación al derecho a la igualdad, pues su finalidad simplemente ha radicado en la necesidad de proponer por la protección de los derechos salariales de un grupo de personas que, por diferentes condiciones especiales las hacen acreedoras de un trato diferente frente a otras. Estas apreciaciones se encuentran fundamentadas en los artículos 150 numeral 19 literal e) y 217 Superiores.

El Honorable Consejo de Estado²⁴, mediante sentencia del 25 de noviembre de 2004, emitió un pronunciamiento relacionado con el derecho a la igualdad en materia salarial, puntualizando lo siguiente:

“...[N]o 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 arbitrarlos 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...”.

El Consejo de Estado²⁵, al estudiar la no inclusión de la prima de actividad para los agentes, no representa una vulneración al principio de igualdad, frente a los oficiales y suboficiales de las diferentes fuerzas. En este sentido, indicó:

“... 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.º de 1992 señaló en el artículo 2 los lineamientos que debe acatar el Gobierno: <i>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.”²⁶

Acogiendo los raciocinios esbozados anteriormente, es evidente que el régimen salarial que cobija a los soldados profesionales, esto es, el Decreto 1794 de 2000, no incluyó la prima de actividad, como factor salarial; en este orden, pretender que se inaplique por inconstitucional el citado decreto, conforme a lo dispuesto en los artículos 4º y 13 de la Constitución Política, para acudir a disposiciones que regulan los salarios y

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero Ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA, sentencia del 25 de noviembre de 2004 No. Radicado 11001-03-25-000-2003-0122-01 No. Interno 0642-03 Actor: Benicio Antonio Cruz Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional

²⁵ Sentencia C-980 de 2002.

²⁶ Sentencia C-980 de 2002.

prestaciones de otra clase de servidores de la Fuerza Pública, no tiene acogida en el *sub lite*, pues se insiste, en tratándose del componente salarial entre los regímenes que cobijan los distintos servidores que conforman las Fuerzas Militares, debe predicarse siempre entre iguales, esto es, entre quienes cumplen los mismos requisitos para desempeñar los mismos o equivalentes cargos, cumpliendo idénticas o análogas funciones, trátase entre oficiales, suboficiales o soldados profesionales, máxime que por tratarse de un cuerpo jerarquizado, hacen que finalmente se justifique constitucionalmente ese trato diferencial.

Por lo anterior, especificadas las razones por las cuales el régimen militar no contempla la prima de actividad frente a los soldados profesionales, así sea devengada por los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, se tiene que dicha diferenciación se justifica en la naturaleza disímil de tales roles, sin que puede inferirse un trato discriminatorio que vulnere el multicitado derecho a la igualdad, corolario de comprender vínculos y funciones distintas.

3. Análisis de los medios de prueba y caso concreto

En ese orden de ideas, del acervo probatorio se establece que:

Respecto de **la prima de actividad** solicitada, como se indicó en el acápite de consideraciones, esta será negada, en razón a que el régimen salarial que ostenta el actor no contempla el reconocimiento y pago de tal prima, lo que no implica la violación al derecho de igualdad, puesto que dichos soldados no tienen el mismo nivel jerárquico, ni desempeñan las mismas funciones que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Cabe señalar que la sentencia C-057 de 2010 de la Corte Constitucional, abordó el tema de la diferenciación de los grupos que el accionante pretende comparar, es decir, Soldados Profesionales, Oficiales y Suboficiales, concluyendo que: *“(...) Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta. (...) Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos. (...)”*

Además, en dicha providencia la Corte resaltó que *“(...) 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. (...). 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. (...)” (negrilla del Despacho).

Con base en lo anterior, puede concluirse que el acto administrativo atacado se ajusta a la normatividad invocada, el régimen salarial y prestacional de los Soldados consagrado en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, como allí se indicó.

Por lo tanto, se negarán las pretensiones formuladas.

3.3. De la condena en costas

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA⁹, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte demandante es la vencida y aun cuando la parte activa no solicitó en sus pretensiones que se le condene en costas, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP¹⁰ y el numeral 8° del artículo 365¹¹ del mismo estatuto, estas deben ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios **verificables** y solo habrá lugar a ellas **cuando aparezcan causadas y en la medida de su comprobación**, y en el presente asunto, la parte interesada no demostró su causación, por lo que, no se accederá a ellas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022¹², en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

<<No procede la condena en costas, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, requisito que no se cumple en este asunto>>.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, D.C, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



F A L L A:

PRIMERO: NO DECLARAR PROBADA la excepción de caducidad formulada por la parte demandada, en lo que respecta a la pretensión encaminada al reconocimiento y pago de la prima de actividad; **DECLARAR PROBADA** la excepción de caducidad formulada por la parte demandada, en lo que respecta al reconocimiento y pago de la prima de instalación, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SE NIEGAN las pretensiones formuladas por **Ruber Nel Borrero Arroyo**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS de esta instancia, conforme a las consideraciones expuestas.

CUARTO: REMÍTASE copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

angie.espitia@mindefensa.gov.co

angie.espitia29@gmail.com

notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co

diasneydicordoba@gmail.com

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

SEXTO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

Juez