

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 11001-33-35-009-2019-00310-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: DUMER FANCY CEBALLOS NARVÁEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

SENTENCIA ANTICIPADA

Están las diligencias al Despacho para proceder el juez a proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos del artículo 13 del decreto 806 de 2020, en el proceso iniciado por el señor DUMER FANCY CEBALLOS NARVÁEZ contra NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

I. Antecedentes

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), el accionante solicitó la nulidad del Oficio 20183172155701MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 6 de noviembre de 2018 y, como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, el reajuste salarial del 20% desde el mes de noviembre de 2003 hasta el mes de junio de 2017, la incidencia de dicho reajuste en las demás primas y prestaciones y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones adujo que, ingresó al Ejército Nacional desde el 2 de agosto de 1998 como soldado regular y a partir del 6 de febrero de 2000 como soldado voluntario. Por disposición legal, el 1 de noviembre de 2003 adquirió la condición de soldado profesional y pasó de devengar una bonificación correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% a devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Por lo expuesto, el 31 de octubre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia del 20% en su asignación básica y de la prima de actividad militar.

1.1.3. Fundamentos de derecho

Invocó normas de rango constitucional que consideró vulneradas con la actuación de la administración y de orden legal que consagran el derecho a reclamar la diferencia salarial del 20% y el pago de la prima de actividad, principalmente, por virtud del derecho a la igualdad, toda vez que todos los integrantes de la Fuerza Pública realizan las mismas actividades y solo para algunos está consagrada la referida prima.

1.2. Trámite procesal

La demanda fue admitida el 26 de agosto de 2019; con auto del 9 de marzo de 2020 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA; sin embargo, por virtud de la suspensión de términos que se dio entre los meses de marzo y junio de 2020 y de las previsiones del Decreto 806 de 2020, con providencia del 3 de agosto de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

1.2.1. Alegatos de conclusión del demandante

La apoderada del extremo activo en esta oportunidad, respecto del reajuste salarial del 20%, solicitó aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016; y, frente a la pretensión de reconocimiento de la prima de actividad, explicó que, la misma se encuentra contenida en el Decreto 1211 de 1990 el cual se puede hacer extensivo al personal de soldados e infantes de marina, quienes devengan menos salario que los oficiales y suboficiales que si la tienen reconocida y corren más riesgos y dificultades por la guerra.

Para justificar la pretensión de reconocimiento de la mentada prima solicitó que se inaplique por inconstitucional el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

Radica entonces el problema jurídico en resolver, si tiene derecho el señor **Dumer Fancy Ceballos Narváez** soldado profesional ® del Ejército Nacional a que se reliquide su asignación básica salarial con un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, desde el mes de noviembre de 2003 y hasta su fecha de retiro y al reconocimiento y pago de la prima de actividad.

2.2. De lo acreditado en el proceso

2.2.1.- Solicitud de reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y de la prima de actividad, radicada el 31 de octubre de 2018 (fls. 11 y 12).

2.2.2.- Oficio 20183172155701 del 6 de noviembre de 2018, por medio del cual la administración resolvió en forma desfavorable la petición del demandante (fls. 17 y 18).

2.2.3.- Certificación sobre que el demandante prestó servicio militar entre el 2 de agosto de 1998 y 05 de febrero de 2000; después se vinculó como soldado voluntario del 06 de febrero de 2000 al 31 de octubre de 2003 y a partir del 1 de noviembre de 2003 como soldado profesional (fl. 19).

2.2.4.- Desprendibles de nómina de octubre y noviembre de 2003, en donde se lee que pasó de devengar por concepto de sueldo básico \$531.200 a devengar \$464.800.

2.3. De la prima de actividad.

El Consejo de Estado en sentencia de 16 de abril de 2009¹, indicó que la prima de actividad, desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se reconoció como factor de liquidación de las asignaciones de retiro, de acuerdo al porcentaje establecido para los años en los que el interesado estuvo en servicio activo.

Entonces, el Gobierno Nacional fijó el régimen prestacional de la Fuerza Pública y respecto a la prima de actividad determinó su porcentaje, dependiendo de si se trataba de Agente de Policía, Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En ese sentido, esa Alta Corporación en la precitada sentencia realizó un recuento normativo, a partir del Decreto 613 de 1977, que estableció la

¹ C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 2500023250002002101940 (2137-07)

prima de actividad para oficiales y suboficiales de la Policía Nacional equivalente al 33%, disposición reiterada en los Decretos 2062 de 1984 y 096 de 1989, hasta los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990, que conceden la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, oficiales y suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo y empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, respectivamente.

2.3.1. La excepción de inconstitucionalidad del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (Decreto 1794 de 2000).

El artículo 148 del CPACA, permite, a petición de parte o de oficio, la inaplicación, con efectos interpartes, de los actos administrativos cuando sean contrarios a la Constitución Política o la Ley.

Previo al reconocimiento de la prima de actividad requiere la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de la norma reseñada, en atención a que, a su juicio, norma ordena la aplicación del Decreto 1794 de 2000 para efectos de liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y sobrevivencia y, en consecuencia, solicita la inclusión de la prima de actividad en la asignación básica.

Se pone de presente que, lo pretendido es la inclusión de la prima de actividad en la asignación básica del señor Ceballos Narváez y no el reajuste de la asignación de retiro, en atención a que el actor aún se encuentra activo en la institución.

Sin embargo, se realizará el estudio de la excepción a la luz de la real pretensión plasmada en el libelo introductorio, pues además afirma que la norma vulnera el derecho a la igualdad, al reconocer este emolumento a oficiales y suboficiales de las diferentes fuerzas, excluyendo a los soldados profesionales, quienes considera se encuentran en mayor grado de riesgo.

2.3.1.1. Del derecho a la igualdad.

El artículo 53 de la Carta Magna, establece el principio de la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, principio íntimamente ligado al de igualdad, para concluir que la **remuneración debe ser igual frente al trabajo igual**. Empero, respecto a los regímenes especiales la Corte Constitucional justifica que al existir estos, se trata de la existencia de un factor que permite un trato diferente²

² Sentencia C-229 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Así las cosas y trayendo a colación lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 23 de junio de 2018³, se precisa transcribir:

<<En este sentido, se puede otorgar un tratamiento diferente a sujetos y hechos cobijados en una misma hipótesis, bajo la condición de que exista una justificación objetiva, suficiente y clara >>.

Es decir, en palabras de la Corte Constitucional: <<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>>⁴.

Entonces, la Corte indica que la existencia de los regímenes especiales se justifica en la necesidad de proteger los derechos de un grupo de personas que, por sus especiales condiciones, merecen un trato diferencial al de los demás beneficiarios de la seguridad social.

Ahora, si se trata de personas cobijadas bajo un mismo régimen, es necesario acudir al test de igualdad, sin embargo, si los regímenes son diferentes el análisis constitucional se encargará de verificar circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensada por otros beneficios.

Para el Consejo de Estado 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. >>⁵

³ M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo. Rad. 150013333-015-2016-00315-01.

⁴ Sentencia C-229 de 2011.

⁵ Sentencia C-980 de 2002.

En este sentido, es claro que estamos frente a dos sujetos diferentes dentro de una institución cuyos cargos se encuentran jerarquizados, con diferentes funciones y responsabilidades, lo que impide advertir vulneración alguna al principio de igualdad, pues valga recordar, este derecho se desconoce cuándo a dos individuos con idénticas condiciones se les da un trato diferenciado ante la ley.

Así las cosas, el no reconocimiento de la prima de actividad en favor de los soldados profesionales del Ministerio de Defensa frente a los oficiales y suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se justifica pues no se trata de sujetos que se encuentren en las mismas condiciones, ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para indagar por la posible vulneración del derecho a la igualdad, máxime que obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos.

Por lo anterior, el Despacho no accederá a las pretensiones de la demanda, pues no encuentra razón alguna para inaplicar por vía de excepción del decreto 1794 de 2000.

2.4. Del reajuste salarial del 20%

Con el Decreto Ley 1793 de 2000 <<por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares>>, se creó la categoría de soldados profesionales, y con el decreto reglamentario 1794 de 2000 se expidió su régimen salarial y prestacional, las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían, tanto de los que ingresan por primera vez, como los que venían con la calidad de voluntarios.

Respecto de la incorporación de los soldados profesionales, esta fue regulada en los artículos 3º a 5º del citado decreto, con vinculación a las Fuerzas Militares que puede realizarse de una de dos maneras; la primera de ellas, corresponde a los soldados profesionales que **ingresaron por primera vez a partir del 1º de enero de 2001**, y la segunda, se refiere a **quienes antes del 31 de diciembre de 2000, se vincularon como soldados voluntarios** en el marco de la Ley 131 de 1985, y posteriormente fueron incorporados como profesionales.

De la disposición enunciada se tiene que el primer grupo de soldados profesionales, los vinculados a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento

sobre el mismo del 40%, mientras que los del segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

Ante la falta de uniformidad en los pronunciamientos de los Tribunales Administrativos, incluso del mismo órgano de cierre de la jurisdicción, en torno al tema del reconocimiento de la diferencia sobre la base salarial que se debe aplicar a los soldados profesionales, el Consejo de Estado dirimió el debate con sentencia de unificación, el 25 de agosto de 2016⁶ con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Bajo la égida de la jurisprudencia de unificación los **soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios** en los términos de la Ley 131 de 1985, tienen derecho a devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% (inciso 2º del artículo 1º del decreto reglamentario 1794 de 2000).

No se puede dejar de lado que esa sentencia unificadora previó que, el ajuste salarial del 60%, a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejados efectos prestacionales y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje.

En el siguiente tenor, y respecto a los aportes para cubrir la seguridad social integral, los artículos 17 y 18 del Decreto 4433 de 2004 y en consonancia con los parámetros establecidos en la providencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, no sólo la reliquidación de prestaciones sociales por la diferencia existente (20%), sino también surge la obligación de ordenar el descuento indexado del valor correspondiente a los aportes para asignación de retiro con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en aplicación del principio de sostenibilidad financiera de los sistemas de seguridad social, consagrado en la Carta Superior.

2.4.1. Análisis de los medios de pruebas y caso concreto

Del acervo probatorio se establece sin dubitación alguna que el demandante al 31 de diciembre de 2000, se encontraba vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario y a partir del 01 de noviembre de 2003, fue incorporado como soldado profesional, es decir, que el actor hace parte de la segunda categoría de soldados profesionales, que en aplicación del inciso 2º del artículo 1º del decreto reglamentario 1794 de

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 25 de agosto de 2016, expediente CE-SUJ2 850013333002201300060 01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

2000, tiene derecho a percibir una asignación básica mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará el restablecimiento del derecho deprecado y, por lo tanto, su **asignación básica y demás haberes salariales y prestacionales** deben liquidarse con el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, **a partir del 01 de noviembre de 2003** y hasta la fecha de retiro definitivo del servicio.

Así mismo, sobre las diferencias que resulten a favor del actor, la entidad debe efectuar los descuentos de ley para cubrir los aportes para asignación de retiro, con destino a la CRMIL, suma que se indexará.

2.4.2. De la prescripción

La prescripción cuatrienal operó en el presente asunto, **por norma laboral**⁷, teniendo en cuenta que el reajuste se ordena a partir del 01 de noviembre de 2003, mientras que la solicitud de reajuste la presentó el 31 de octubre de 2018, razón por la cual las mesadas causadas con anterioridad al 31 de octubre de 2014 se extinguieron por prescripción.

Las diferencias que resulten a favor del accionante se indexarán según lo previsto en el artículo 187 del CPACA, teniendo en cuenta la fecha a partir de la cual se originó la obligación y el día de ejecutoria de esta sentencia, conforme variación del índice de precios al consumidor del DANE.

2.5. Condena en costas

Finalmente, el artículo 188 del CPACA ordena pronunciarse en la sentencia sobre costas, así lo hará este juez. Y por el artículo 365 del CGP esa condena hoy es únicamente por haber sido vencida en una actuación procesal, si se acreditan en el proceso.

Para estos fines el Despacho teniendo en cuenta que se acudió a abogado, por exigencia legal para actuar en el proceso, con la presunción de que el trabajo humano en favor de otra persona es remunerado y que de conformidad con la Ley 1123 de 2007⁸ los abogados tienen el deber de tasar honorarios por los servicios prestados, y como se encuentran acreditados los gastos del proceso, son razones suficientes

⁷ Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990

⁸ Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado.

para acceder a ellas y fijará las agencias en derecho para esta instancia que se tendrán en cuenta para la liquidación de aquellas.

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

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR PRESCRITAS las diferencias causadas con anterioridad al 31 de octubre de 2014, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del oficio **20183172155701** del 06 de noviembre de 2018, por medio del cual la entidad demandada negó el reajuste de la asignación básica del actor, conforme a lo considerado.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, reconocer y pagar a favor del señor **Dumer Fancy Ceballos Narváez**, identificado con c.c. 80.006.737, el reajuste salarial del 20% que corresponde a la diferencia entre lo que la entidad ha venido pagando como soldado profesional y lo que corresponde de conformidad con el inciso 2º del art. 1º Decreto 1794 de 2000, a partir del 01 de noviembre de 2003 y hasta la fecha de retiro definitivo del servicio, así su incidencia en los demás haberes salariales y prestacionales.

De las diferencias que resulten a favor del demandante, la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, deberá descontar en forma indexada el valor correspondiente a los aportes para asignación de retiro con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, conforme a lo ordenado en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

CUARTO: Las sumas que resulten a favor del demandante deberán actualizarse con el índice de precios o inflación que publica el **DANE**.

QUINTO: La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional debe dar cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello en el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS, a favor del actor, a la Nación – Ministerio

de Defensa Nacional – Ejército Nacional y fijando las agencias en derecho de la instancia en trescientos mil pesos (\$300.000.00).

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



GUILLERMO POVEDA PERDOMO
Juez

AM