JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA –
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 13 de diciembre de 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-**2016-00444**-00
Demandante: OMAR YESID LEANDRO AYALA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL
Tema: Prima de Actividad
Sentencia No.: 223

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación; y una vez transcurrido el término de alegatos concedido a las partes, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor OMAR YESID LEANDRO AYALA actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 5 de diciembre de 2016 (f.22), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

PRETENSIONES

1. Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 20165660801841: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 21 de junio de 2016 firmado por el Teniente Coronel Néstor Jaime Giraldo Giraldo - Oficial Sección Nómina mediante la cual se negó el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49,5% del salario básico del actor.
2. 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 la petición el 03 de junio de 2016 cancelando el capital, indexación e interés de ley hasta el pago total de la obligación conforme la ley 1437 de 2011.
3. Condenase en costas y agencias en derecho a la demandada.

NORMAS VIOLADAS (fls. 12-18)

El demandante refirió el desconocimiento de los preceptos constitucionales consagrados en los artículos 2, 4, 6, 13, 29 y 53. Así como los legales de la Ley 4º de 1992 artículo 10º; Ley 131 de 1985; Decreto 4433 de 2004; Decretos 1793 y 1794 de 2000; Decreto 1211 y 1214 de 2000.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Afirma que se debe dar cumplimiento al artículo 4º constitucional, aplicando la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que al no estar contemplada la prestación de prima de actividad en la normatividad de las fuerzas militares para los soldados profesionales e infantes de marina, y si la está en los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa.

Formula un cargo de expedición con **infracción de las normas en que debería fundarse**, al considerar que las normas de rango constitucional citadas se vulneran especialmente el derecho a la igualdad por cuanto la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA discrimina a los soldados profesionales e infantes de marina respecto de demás funcionarios del ministerio al no reconocerles y pagarles la

prima de actividad, vulnerando con ello los derechos establecidos en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, existiendo una discriminación salarial e incurriendo en una omisión legislativa, al discriminar y no reconocer la prima de actividad a este grupo de militares al igual que los demás funcionarios del ministerio de defensa, máxime quienes cumplen un mandato constitucional y legal y son el eslabón más débil de la pirámide jerárquica militar, vulnerando con ello su mínimo vital.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls.31-45)

La entidad accionada manifestó que se opone a todas y cada uno de las pretensiones de la demanda, por considerar que en el Decreto 1794 de 2000, están las partidas computables para los soldados profesionales, siendo este el régimen de carrera y estatuto de personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, y en este no se encuentra la prima de actividad y por ello no se puede reconocer; y el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 establece la prima de actividad únicamente para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, equivalente al 33% del respectivo sueldo básico.

Las argumentaciones subsiguientes de la demandada se refieren a un demandante distinto y en condiciones fácticas y normativas diferentes a las acá estudiadas.

AUDIENCIA INICIAL

El 13 de diciembre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, decretándose la presentación de alegatos escritos y dictándose el sentido del fallo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez transcurrido el término concedido en audiencia inicial a las partes para que presentaran sus alegatos de forma verbal, estas hicieron uso de la misma, de la siguiente forma:

PARTE DEMANDANTE: Manifiesta que se ratifica en los hechos, pretensiones y argumentos señalados en la demanda y expone que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre las normas que reconocen la prima de actividad solo a los oficiales y sub oficiales de las fuerzas militares por derecho a la igualdad material (Minuto 19:53 del CD de audiencia inicial)

PARTE DEMANDADA: Manifiesta que insiste en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda a fin de que se denieguen las pretensiones de la demanda por falta de fundamentos jurídicos puesto que en ningún artículo de las normas que contemplan el régimen de los soldados profesionales se contempla la mencionada prima (Minuto 24:57 del CD de audiencia inicial)

II. CONSIDERACIONES

TESIS DEL DEMANDANTE

Considera que el acto demandado viola disposiciones constitucionales, y en consecuencia se debe dar cumplimiento al artículo 4º constitucional, aplicando la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que al no estar contemplada la prestación de prima de actividad en la normatividad de las fuerzas militares para los soldados profesionales e infantes de marina, y si la está en los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa, se están vulnerando con ello su mínimo vital y su derecho a la igualdad.

TESIS DE LA DEMANDADA

La entidad accionada manifestó que las pretensiones solicitadas no tienen vocación de prosperidad por el régimen aplicable a los soldados profesionales, es decir el Decreto 1794 de 2000, no contempla el reconocimiento y pago a estos de la prima de actividad; y por su parte el Decreto 1211 de 1990 al

referirse a la prima de actividad señala que esta será reconocida a los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares.

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en el **Oficio No. 20165660801841: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 21 de junio de 2016**, mediante el cual la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL niega la petición de reconocimiento, inclusión en nómina y pago al accionante SLP OMAR YESID LEANDRO AYALA de la prima de actividad que es reconocida y cancelada a los oficiales y suboficiales en actividad.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si el demandante en su condición de Soldado Profesional del Ejército Nacional, quien se encuentra en actividad, tiene derecho a que la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL le reconozca, incluya en nómina y pague la prima de actividad como partida computable en su asignación mensual en actividad en un porcentaje del 49,5% del salario básico del actor como la devengan los oficiales y suboficiales en servicio activo.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Prima de actividad

De tiempo atrás la prima de actividad se ha considerado como un derecho que tienen los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren en **servicio activo** y corresponde a un porcentaje del sueldo básico que depende del tiempo de servicios. Dicho porcentaje empezó incrementándose paulatinamente; y después se incluyó dentro de las partidas de liquidación de la asignación de retiro y de pensión.

Naturaleza jurídica de la prima de actividad

Que se expuso previamente, así también el Consejo de Estado[1] ha sostenido que desde su creación, la prima de actividad se estableció como una **prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo**; considerando que el Gobierno Nacional bajo las pautas trazadas por el Congreso de la República en cuanto al régimen prestacional de la Fuerza Pública, fijó a partir de varias normas lo concerniente a la prima de actividad, en los porcentajes correspondientes teniendo en cuenta para cada caso, los años de servicio y la condición del servidor, es decir si se trataba de Agente de Policía, Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Régimen de carrera y salarial de los soldados profesionales

El legislador a través del artículo 1º de la Ley 131 de 1985,2 estableció la posibilidad de que quienes hubieran prestado su servicio militar obligatorio, manifestaran su deseo de seguir vinculados a la Fuerza Pública, bajo la modalidad del servicio militar voluntario. Sobre el particular, los artículos 1º, 2º y 3º de la norma en cita, señalaban:

> *"**Artículo 1.** Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.*
> ***Artículo 2.** Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las*

1 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. sentencia del catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01653-01(1762-17). Actor: Ramón Salazar Parada. Demandado: Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares.

autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.
Parágrafo 1. *El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de 12 meses.*
Parágrafo 2. *La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.*
Artículo 3. *Las personas a que se refiere el artículo 2° de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley."*

Según las normas transcritas, quienes hubieran prestado el servicio militar obligatorio, si así lo manifestaban al respectivo Comandante de Fuerza y este lo autorizaba, podían continuar vinculados a las Fuerza Pública, pero prestando sus servicios militares como soldados voluntarios; respecto a la situación salarial y prestacional de los soldaos voluntarios, los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 131 de 1985 por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario, dispusieron lo siguiente:

*"**Artículo 4.** El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.*
Artículo 5. *El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.*
Parágrafo. *Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.*
Artículo 6. *El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar"*

De conformidad con la normatividad previamente señalada, los soldados voluntarios eran remunerados con una *"bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un 60% del mismo salario"*. Así mismo, tenían derecho a recibir una *"bonificación de navidad"* igual al monto recibido como bonificación mensual *"en el mes de noviembre del respectivo año"*. Y al ser dados de baja, se hacían acreedores a una suma igual a *"un mes de bonificación por cada año de servicios y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar"*.

Mediante la Ley 578 de 2000[2] se facultó al presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional. Con fundamento en las facultades otorgadas el Presidente de la República expidió 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* el cual, definió en primer lugar, la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares, así:

*"**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.*

---

2 ARTICULO 1o. - Aparte tachado INEXEQUIBLE - De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

> ***PARÁGRAFO**. Podrá ser ascendido a Dragoneante profesional, el soldado profesional que se distinga por su capacidad de liderazgo y cumpla con los siguientes requisitos:*
> *a- Antigüedad mínima de cinco años.*
> *b- Excelente conducta y disciplina.*
> *c- Aprobación del curso para ascenso a dragoneante.*
> *(...)*
> ***ARTICULO 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.*
> ***ARTICULO 4. REQUISITOS PARA INCORPORACIÓN.** Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:*
> *a) Ser colombiano.*
> *b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.*
> *~~c) Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho~~. Declarado inexequible parcialmente (Literal C) Sentencia de la Corte Constitucional C-063 de 2018*
> *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 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.*
> ***ARTICULO 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.*

De acuerdo con las disposiciones trascritas, además de los que ingresaban por primera vez, también podian ser enlistados como soldados profesionales, los uniformados que venían vinculados en los términos de la Ley 131 de 1985, Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario, con anterioridad a 31 de diciembre de 2000, esto es, los soldados voluntarios; pero para ello, debían expresar al Comandante de Fuerza su intención de incorporarse como soldados profesionales y obtener su aprobación. En lo que tiene que ver con el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000[3] en su artículo 38, autorizó al Gobierno Nacional para su expedición, en los siguientes términos:

> ***ARTICULO 38. RÉGIMEN 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.*

Es así que el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 2000[4] cuyos artículos 1º y 2º definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por primera vez, como los que venían de ser voluntarios. Contempla además que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio

3 Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.
4 Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico, determinándolo así:

> ***Artículo 2.Prima de antigüedad.*** *Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).*
> ***Parágrafo****. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.*
> ***Artículo 3.Prima de servicio anual.*** *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento 50% del salario básico devengado en el mes de Junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de Julio, de cada año.*
> ***Parágrafo 1.*** *Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.*
> ***Parágrafo 2.*** *Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de noventa (90) días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.*
> ***Artículo 4. Prima de vacaciones.*** *A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.*
> *Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.*
> ***Artículo 5. Prima de navidad.*** *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.*
> ***Parágrafo****. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.*

Vía de excepción

El control por vía de excepción consagrada en el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consiste en un mecanismo del que puede hacer uso el juez oficiosamente o a petición de parte dentro de los procesos sometidos a su conocimiento y cuya finalidad es dejar sin efectos un acto administrativo cuando vulnere la Constitución Política, decisión que sólo opera entre quienes hagan parte del litigio.

Tal instrumento tiene soporte normativo además en el artículo 4º de la Constitución Política que contempla: *"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 decir, que la vía de excepción constituye una obligación expresa del juez contencioso de ignorar o desconocer una norma de inferior jerarquía en procura de respetar la Carta Magna, únicamente vinculante respecto de los sujetos procesales.

Respecto de la excepción de inconstitucionalidad el H. Consejo de Estado no en pocas oportunidades se ha pronunciado señalando:

"La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4° de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del correspondiente caso y sus ***efectos****, por consiguiente, son subjetivos o* ***interpartes****. (...) Ahora bien, para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea. (...) Las normas Constitucionales, que el actor considera como violadas, disponen que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales (Art. 4°) y que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (Art. 29). A juicio de la Sala la presunta violación no es manifiesta, palmaria o flagrante, es decir, no puede establecerse de la sola confrontación de la Constitución y la Resolución N° 355 de 2002 y mucho menos para declarar, con base en la pretendida excepción de inconstitucionalidad, la nulidad de los actos acusados. Las normas que cita la Resolución N° 355 de 2002 y la entidad demandada en las Resoluciones acusadas, para sustentar su legalidad, como se observa, incluyen leyes, decretos-leyes, decretos y resoluciones, que no riñen con las normas constitucionales que se endilgan como contrariadas. Al no evidenciarse la violación de normas de rango Constitucional, de conformidad con la jurisprudencia transcrita, es improcedente la aplicación de la referida excepción y, por ende, la declaratoria de nulidad de los actos acusados bajo este cargo."*[5]

De la función legislativa

Corresponde al Congreso de la República expedir las leyes y por medio de ella ejercer, entre otras, las siguientes funciones, según lo prescrito por la Constitución Política en su artículo 150, que precisa:

ARTICULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*
1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
(...)
19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:
a) Organizar el crédito público;
b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;
c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;
d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;
e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Ver Art. 1° Decreto Nacional 1919 de 2002
f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Ver Art. 1° Decreto Nacional 1919 de 2002
Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas.

En efecto, concurre la participación activa del Congreso de la República con el Gobierno Nacional, el primero establece los parámetros generales del régimen prestacional de la Fuerza Pública a través de leyes cuadro o marco y el segundo le incumbe proferir los decretos reglamentarios que así las desarrolle. Por su parte, la Ley 4º de 1992 en el artículo 2º fijó los lineamientos que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional, al momento de determinar el régimen salarial y prestacional de los

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, sentencia del once (11) de noviembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 66001-23-31-000-2007-00070-01 Actor: Family Coffee S.A., Demandado: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Referencia: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

empleados públicos, de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública, entre ellos:

> ***ARTÍCULO 2o.*** *Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*
> *a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;*
> *(...)*
> *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;*
> *(...)*
> (Subrayas propias)

Colofón de lo anterior, es claro que la remuneración salarial o pensional que deba percibir el personal de la Fuerza Pública está sujeta al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidad y calidades que la ley les asigne, de tal manera que no es factible que todos los miembros de la Fuerza Pública reciban en el mismo porcentaje sus prestaciones sociales, cuando existen regímenes especiales que no pueden ser desconocidos.

El derecho a la igualdad[6]

El artículo 13[7] de la Constitución Política regula la igualdad frente a la ley y el derecho que tienen las personas a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, sin ser discriminadas por razón de características tales como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras. Además, en criterio de la Corte Constitucional, con fundamento en el principio de no discriminación, la ley no puede fijar condiciones distintas a algunos sectores de la población sin una justificación objetiva y razonable, o que no tengan una relación de proporcionalidad «*[...] entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue.[...]*»[8].

Sobre este punto es pertinente presentar las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[9], para la interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación, así:

> ***«[...] Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado[10] que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.*** *La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio*

---

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017). SE 005. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00186-00(1316-10). Actor: Antonio Moyano. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Departamento Administrativo de la Función Pública.

7 "ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

8 Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 1996. M.P.: Julio Cesar Ortiz Gutierrez.

9 Por medio de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972 el Congreso de la República aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

10 Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota, párr. 55.

del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico[11].

Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto[12]. *Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias*[13].

La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación". Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[14] *y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*[15], *el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "Comité de Derechos Humanos") ha definido la discriminación como:*

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas[16].

La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley"[17]. *Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana*[18]. *[...]»*[19] *(Negrillas de la Sala)*

Ahora bien, con el fin de evaluar la afectación de dicho principio por normas incluidas en el ordenamiento jurídico, es necesario hacer un estudio de las situaciones frente a las cuales se plantea la existencia de un trato diferente, para lo cual la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha acudido a herramientas metodológicas especiales tales como el

---

11 Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra nota, párr. 269.

12 Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, supra nota 11, párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra nota, párr. 271.

13 Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, supra nota 11, párr. 104; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra nota, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR C 37, párr. 6.

14 El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: «En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

15 El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

16 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, supra nota 87, párr. 6.

17 Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota, párrs. 53 y 54 y Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011, Serie C No. 234, párr. 174.

18 Mutatis mutandi, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 209 y Caso Barbani Duarte y otros, supra nota 91, párr. 174.

19 Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

test de igualdad[20], que permite definir si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, proceso que se surte en las siguientes etapas:

> *«[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. [...]»*[21]

Del derecho a la igualdad en materia salarial y regímenes especiales

La Constitución Política en el artículo 53 establece el principio de la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a su vez éste principio está estrechamente ligado con el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 *ídem* según el cual el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Con base en los pre expuesto, en materia salarial se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, en este orden, se resalta que el derecho a la igualdad, como ya se dijo, se predica entre iguales, por lo que ante diferentes supuestos de hecho no es posible otorgar el mismo trato. Así lo ha desarrollado la Corte Constitucional, la cual al decidir sobre la inexequibilidad, de los artículos 14 y 15 de la Ley 4a de 1992, señaló que:

> *"...Basta en síntesis, recordar que el derecho a la igualdad se predica entre iguales;* ***la Corte Constitucional afirma que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la República.*** *Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas por estos funcionarios; y las mismas razones por las cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que no se produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos... "*[22]

Y en cuanto a la relación entre el derecho a la igualdad y los regímenes especiales la Corte consideró: *"...si el establecimiento de una prima mensual equivalente al 40% del sueldo básico correspondiente a su grado, para los oficiales del cuerpo administrativo de las Fuerzas Militares cuando presten los servicios profesionales de su especialidad por tiempo completo, vulnera el principio de igualdad, toda vez que la norma no incluye a los suboficiales que se encuentren en la misma situación de hecho."*. Precisando que un grupo de personas puede encontrarse respecto de cierto factor *"en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales."* [23].

En este sentido **se puede otorgar un tratamiento diferente a sujetos y hechos cobijados un una misma hipótesis, bajo la condición de que exista una justificación objetiva, suficiente y clara.** De la misma manera, a juicio de la Corte, el legislador puede dar un trato igual a situaciones aparentemente distintas *"pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad..."*[24]. Concluye la Corte que *"Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que*

---

20 Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.
21 Sentencia C-015 de 2014.
22 Corte Constitucional Sentencia C-279 de 1996. Conjuez Ponente: Dr. HUGO PALACIOS MEJIA. Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad contra el decreto 1016 de 1991; apartes del inciso segundo del artículo 1 del decreto 1016 de 1991, de los artículos 2, numeral 3, de la ley 60 de 1990 y 15 de la ley 4 de 1992; y apartes del artículo 14 de la ley 4 de 1992. Exp. D-002, acumulados D-204 y D-817. Sentencia aprobada en el acta del veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).
23 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-229 de 2011. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Referencia: expediente D-8266. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 96 (parcial) del Decreto 1211 de 1990 "Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares". Actor: Martín Edgardo Aponte Castellanos. Sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).
24 Ibidem.

esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad."[25].

La Corte Constitucional respecto de los regímenes especiales ha precisado que su existencia no viola el derecho a la igualdad y que su existencia se justifica en la necesidad de proteger los derechos de un grupo de personas que por sus especiales condiciones *"merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social"*[26] y su objetivo reside en la *"protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados"*[27]. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinara su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P.)[28].

Conforme las anteriores aseveraciones, también ha resaltado la Corte que para determinar si **hay violación del derecho a** la igualdad en las medidas previstas en **los regímenes especiales** cuando se trata de personas cobijadas bajo el mismo régimen, se debe utilizar el test de la igualdad, sin embargo en el caso de personas que pertenecen a diferentes regímenes el análisis constitucional tiene como objeto verificar la existencia de *"circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensadas por otros beneficios."*[29].

Por su parte, el H. Consejo de Estado, ha indicado, en la misma orientación de la Corte, que el principio a la igualdad en materia salarial:

> *"...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***"[30]

Consecuencialmente, el Consejo de Estado, esta vez en sentencia del 27 de marzo de 2014[31], al referirse sobre los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007 advirtió que la no inclusión de los Agentes de Policía como beneficiarios del incremento de la prima de actividad en relación con los

---

25 Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996.
26 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA.
27 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
28 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-229 de 2011. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Referencia: expediente D-8266. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 96 (parcial) del Decreto 1211 de 1990 "Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares". Actor: Martín Edgardo Aponte Castellanos. Sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).
29 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-956 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Referencia: expediente D-3440. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 279 (parcial) de la Ley 100 de 1993. Actor: Benjamín Hernández Camacho. Temas: Principio de igualdad y régimen especial de seguridad social para la Fuerza Pública. Sentencia del seis (6) de septiembre de dos mil uno (2001); en la que se expuso: "8- En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.[3] Por ello, las personas "vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general"[4]. En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Sin embargo, esta misma Corte también ha aclarado que eso no excluye que pueda eventualmente estudiarse si la regulación específica de una prestación en particular puede violar la igualdad. Ese análisis es procedente, "si es claro que la diferenciación establecida por la ley es arbitraria y desmejora, de manera evidente y sin razón aparente, a los beneficiarios del régimen especial frente al régimen general"[5]. La Corte ha establecido entonces unos requisitos muy claros para que proceda ese examen, pues ha dicho al respecto: "Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente[6]".
30 Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. ALBERTO ARANGO MANTILLA, sentencia del 25 de noviembre de 2004, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2003-0122-01 y número interno 0642-03.
31 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-09), Actor: Carlos Arturo Zuluaga Guerrero.

Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, ***no constituye per se un tratamiento discriminatorio y por ende no vulnera el derecho de igualdad, puesto que no se trata de individuos iguales ante la ley, dado que ostentan responsabilidades y funciones distintas entre sí.***

Así también, en la sentencia previamente citada, expresó lo siguiente:

> *"**(...) 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."*
> *(Destacado por la Sala).*

Es del caso resaltar que el Consejo de Estado se ha pronunciado como se expuso en líneas anteriores tanto en procesos ordinarios-laborales, como también en acciones de tutela contra providencia judicial[32] señalando que:

> *"(...) En ese orden de ideas, la Sala debe reiterar, como ya lo ha pronunciado en anteriores ocasiones[33], que las diferencias de trato entre los Agentes y los oficiales y suboficiales, que dispuso el Decreto 2863 de 2007, no trasgrede el principio de igualdad como lo sugiera la actora.*
> ***En tal virtud, es importante recordar que el derecho de igualdad se desconoce cuándo a dos individuos con idénticas condiciones se les da un trato diferenciado ante la ley**. No obstante en el caso sub examine no estamos ante dos sujetos idénticos ya que cada uno pertenece a rangos distintos dentro de la jerarquía organizacional de la Fuerza Pública (...)"*
> (Subrayas propias)

CASO CONCRETO

En el asunto en estudio, se encuentra probado que el accionante OMAR YESID LEANDRO AYALA al momento de la presentación de la demanda fungía como SOLDADO PROFESIONAL orgánico del Batallón de A.S.P.C. #13 Cacique Tisquesuza con código Militar 7171326, y que la misma certificación del 15 de abril de 2016 de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal Ejército (folio 7), devengaba para el mes de marzo de ese año:

DEVENGADO	PORCENTAJE	VALOR
SUELDO BÁSICO		965,237.00
SUBSIDIO FAMILIAR	4	603,273.12
"PRSOLVOL"	58.5	564,663.64
"SEGVIDSUBS"		12,760.00
BONORDPUPF	25	241,309.25
TOTAL DEVENGADO		**2,387,243.01**

Igualmente se probó que a través de petición radicada en la Oficina de Gestión Documental del COEJC ventana externa 002 el 3 de junio de 2016, el demandante solicitó a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49,5% del sueldo básico en servicio activo, aplicando la prescripción cuatrienal desde la fecha de la petición (fl.3).

---

32 Consejo de Estado. Sentencia de julio de 2014. Consejera Ponente: Dra. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Referencia Expediente 11001-03-15-000-2014-01081-00: Actor: Rosalba Bohórquez de Núñez.
33 Consejo de Estado. Sección Primera. Consejera Ponente. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. sentencia del 12 de junio de 2014. Ref.: expediente 11001-03-15-000-2014-00834-00 Actor: Deogracias Vargas.

El Director de la entidad demandada resolvió desfavorablemente dicha petición, a través del **Oficio No. 20165660801841: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 21 de junio de 2016**, acto objeto de la solicitud de nulidad que ahora se estudia, expresándole que no era posible atender de manera favorable lo peticionado ya que en virtud del Decreto 1794 de 2000 "por el cual se expide el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", la mencionada prima no es reconocida al personal de soldados profesionales (fl.5).

Como se observa, bajo los anteriores supuestos, y en armonía con lo dispuesto por el Decreto Reglamentario 1794 del 2000 y de acuerdo con las reglas jurisprudenciales reseñadas, estima el Despacho que el señor SLP. OMAR YESID LEANDRO AYALA al prestar sus servicios al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, como soldado profesional, el régimen salarial y prestacional que lo rige para efectos de determinar su salario, es el contemplado en el Decreto 1794 de 2000.

Siendo de resaltar que este régimen, del Decreto 1794 de 2000, no contempla la prima de actividad como prestación social a devengar por los soldados profesionales, consideración que es conocida por el apoderado de la parte actora, quien dirige su solicitud a la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad, conforme al artículo 4º de la Constitución Política, del Decreto 1794, para que en su lugar se aplique el Decreto 1211 de 1990 y el Decreto 1515 de 2007, que establece el reconocimiento de la prima de actividad en el porcentaje pretendido.

Así las cosas, para analizar la procedencia por vía de excepción del reconocimiento pretendido por el actor, se apunta que la excepción es fundada en una alegada vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa.

Sin embargo, una vez atendidos los precedentes facticos y jurídicos del caso se observa que no exista la vulneración al principio constitucional de la igualdad por cuanto en primer lugar, la igualdad se predica entre iguales, por lo que ante supuestos de hecho diferentes lo que procede es un trato diferencial y no el mismo trato que pretende el actor.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, pues ciertamente, las calidades que se exigen a las personas y responsabilidades, son factores que justifican la diferencia.

Ahora bien, del estudio normativo es claro que, en aplicación del mandato constitucional del artículo 150 numeral 19 literal e) desarrollado en la Ley 4º de 1992 artículo 2º literal j) que la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, incluyendo los miembros de las fuerza militares dependerá del *"nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño."*, y es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones; por lo que al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.

Así los criterios de distinción que hace el Gobierno para fijar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública obedecen a distinciones razonables atendidas circunstancias como el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder a cada grado, por cuanto, 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[34].

34 Ver entre otras las sentencias C-221 de 1992, C-430 de 1993, T-230 de 1994, C-445 de 1995, C-022 de 1996, T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C-112 de 2000.

Se evidencia entonces que los criterios de diferenciación, en el presente 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.

Aunado a todo lo anterior, se tiene que la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la fuerza pública, que posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, sin que con la misma se pretenda cubrir una condición especial de beneficiarios de la misma, como por ejemplo, ocurre en el caso del subsidio familiar.

El Consejo de Estado en pronunciamiento del 23 de febrero de 2017 al estudiar la Acción Pública de Nulidad del artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 «Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones.»; destacó:

> *"En esa oportunidad, la Sección Segunda precisó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad, pues por un lado, la parte actora afirmó 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», empero, no se demostró el supuesto fáctico para dar aplicación del principio a trabajo igual salario igual, razón por la cual debía otorgarse el aumento de la prima en cuestión.*
>
> *Igualmente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 4.ª de 1992[35], concluyó que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades y es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones. Así las cosas, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.*
>
> *Por lo anterior, estimó que no se presenta un tertium comparationis en esta materia toda vez que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad y aclaró lo siguiente:*
>
> > *«[...] 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.[...]»*
>
> *Corolario de lo expuesto y dado que en el presente caso no se traen argumentos adicionales a los ya estudiados frente al ajuste de la prima de actividad y la vulneración del derecho a la igualdad del personal de agentes activos de la Policía Nacional, son aplicables las consideraciones ya referidas, las cuales conllevan a que no se dé el ajuste en las asignaciones de retiro con fundamento en el principio de oscilación, sin que se haya presentado el mismo ajuste para los miembros en servicio activo, motivo por el cual no se presenta la alegada vulneración del derecho a la igualdad.".* [36]

Por lo anterior, la circunstancia que a los soldados profesionales del Ejército Nacional, conforme a su régimen salarial y prestacional, no se les tenga en cuenta la prima de actividad, como si se les reconoce a los oficiales y suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se encuentra justificada en que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad, además también obedece a criterios de

---

35 La Ley 4.ª de 1992 indicó en el artículo 2.º, dentro de los lineamientos que debe acatar el Gobierno en desarrollo de aquella, los siguientes: «[…] 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;[…]»

36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017), SE 005, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00186-00(1316-10), Actor: Antonio Moyano, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Departamento Administrativo de la Función Pública.

objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos como lo dispone la Ley 4º de 1992.

En tales razones en el presente caso no existe vulneración a prerrogativas constitucionales, que faculten al juez a desconocer una norma de inferior jerarquía, Decreto 1794 de 2000, en procura de respetar la Constitución, para en su lugar dar aplicación a los decretos que si contemplan la prima de actividad como prestación de los funcionarios del Ministerio de Defensa, en servicio activo.

En ese sentido, nota el Despacho que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL al expedir el **Oficio No. 20165660801841: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 21 de junio de 2016**, negando el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al demandante actuó conforme a derecho, y que las normas a las cuales se ajustó su decisión son acordes a los preceptos constitucionales imperantes, razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda máxime cuando no se acreditan las condiciones para la inaplicación por inconstitucionalidad de la norma según los argumentos del actor en tanto entre el personal de oficiales/suboficiales y los soldados profesionales del Ejército Nacional no existen los presupuestos para que se configure el ***principio a trabajo igual salario igual***.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".*

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...."*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[37], la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra."*. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado[38] ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

---

37 Cfr. La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

38 Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación No. (20486). Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.
Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil
Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"
Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>[39]"

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ,** Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia por no aparecer probadas.

TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

mc

39 Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389. C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485. C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.