



## Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, dos (2) de diciembre del dos mil diecinueve (2019)

<b>Radicado:</b>	<b>7300133 33 010 2019 00018 00</b>
<b>Medio de control:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Demandante:</b>	<b>EDGAR OVALLE OVALLE</b>
<b>Demandado:</b>	<b>NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL</b>
<b>Asunto:</b>	<b>prima de actividad</b>
<b>Sentencia:</b>	<b>00131</b>

### I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el pasado **6 de noviembre del 2019**, donde se manifestó **que se negarían las pretensiones de la demanda**, el despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión dentro del término legal señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011.

#### 1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **2018 3171626231 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 29 de agosto de 2018**, mediante el cual el oficial sección nómina del Ejército Nacional negó el pago de la prima de actividad al soldado profesional retirado señor **Edgar Ovalle Ovalle**, porque al tenor del Decreto 1794 de 2000 la mencionada prima no es reconocida al personal de soldados profesionales.

1.2 Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad en el 49.5% del salario básico, desde el 22 de agosto del 2014 por la prescripción cuatrienal.

1.3 Que se inaplique por excepción de inconstitucionalidad el decreto 1794 del 2000 por vulneración al derecho constitucional de favorabilidad.

1.4 Que se indexe valores adeudados en forma indexada hasta cuando se haga efectivo el pago conforme al artículo 187 del CPACA.

1.5 Que se condene a la demanda a pagar intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia conforme lo dispone el artículo 192 del CPACA.

1.6 Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas procesales.

#### 2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1. Que el señor **EDGAR OVALLE OVALLE** presto servicio militar desde el 16 de junio de 1994 hasta el 10 de diciembre de 1995 se vinculó al Ejército Nacional en calidad de soldado voluntario desde el 10 de enero de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003 y posteriormente como soldado profesional el 01 de noviembre de 2003 hasta el 31 de marzo de 2015 fecha de retiro del servicio.

2.2 Que mediante orden administrativa No. **2515 del 26 de diciembre de 2014** expedida por el Jefe de desarrollo humano del Comando del Ejército Nacional, el señor Ovalle fue retirado del servicio por tener derecho a la pensión.

2.3 Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Edgar Ovalle Ovalle mediante resolución No **952 del 05 de febrero del 2015**.

2.4 Que el 22 de agosto del 2018 y a través de apoderado el accionante radicó derecho de petición al ejército nacional solicitando:

- el pago de la prima de actividad en el 50% contemplada en el decreto 2863 del 2007, a partir del 1 de noviembre del 2003.
- que se indexe el valor dejado de percibir desde su vinculación soldado profesional
- el reconocimiento y pago de intereses moratorios causados hasta la fecha
- se notifique y remita a CREMIL la corrección de la hoja de servicios militares del accionante, para lo pertinente.

2.5 Que mediante oficio No. **2018 3171626231** MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del **29 de agosto de 2018** el oficial sección nómina del Ejército Nacional negó la solicitud elevada por el actor en razón a que la prima de actividad no fue reconocida para los soldados profesionales en el decreto 1794 del 2000.

### **3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

#### **3.1 Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**

Dentro de la oportunidad legal la entidad accionada contestó la demanda (fl. 42 - 51), oponiéndose a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento legal y respaldo probatorio y el acto administrativo que negó el reconocimiento de la prima de actividad fue expedido conforme a derecho por cuanto el régimen aplicable a los soldados profesionales consagrado en el decreto 1794 del 2000 no les reconoce la mencionada prestación, configurándose la inexistencia del derecho.

Que con el objetivo de profesionalizar la carrera de los soldados de las fuerzas militares el Presidente de la Republica expidió el decreto 1793 del 2003 por medio del cual se expidió el régimen de carrera de los soldados profesionales, otorgando la oportunidad a los soldados voluntarios de vincularse al nuevo régimen y para darle cobertura y garantizar el reconocimiento de las prestaciones sociales se expidió el decreto 1794 del 2000 normatividad que estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales y en el cual no se contempló la prima de actividad como factor salarial.

Que la normatividad creada en Colombia para los miembros de las fuerzas militares en materia salarial, prestacional y de seguridad social se clasifica en 3 grupos: i) grupo conformado y dirigida a los oficiales y suboficiales, ii) grupo conformado por civiles que laboran en el ministerio de defensa, fuerzas militares y en la Policía y iii) grupo conformado por los soldados profesionales y los infantes de marina. Lo que significa que existen unas

normas aplicables a los oficiales y suboficiales de la fuerza y otras normas aplicables a los soldados profesionales y a los infantes de marina.

Que en aplicación de las facultades conferidas por la ley 4 de 1992 mediante la cual se desarrolla el artículo 150 Constitucional que asignó al gobierno la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de las fuerzas militares expidió normas mediante las cuales se creó la prima de actividad para el personal uniformado con rango de oficial y suboficial y exceptuó de la misma a los soldados profesionales, sin que ello implique vulneración a sus derechos o al principio de igualdad y solicitando se denieguen las suplicas de la demanda.

Propuso las excepciones que denominó: 1. *Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demanda.*

#### **4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN y CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO**

##### **4.1 Parte demandada**

En desarrollo de la audiencia inicial la apoderada de la parte demandada como alegatos finales se ratificó en cada uno de los ítems puestos en la contestación de la demanda.

##### **5.3. TESIS DE LAS PARTES**

###### **5.3.1 Tesis de la parte accionante**

Señala que debe accederse a las pretensiones de la demanda en razón a que el Presidente de la república no puede extralimitarse en sus facultades otorgadas por el Congreso para regular las prestaciones sociales y derechos laborales de la fuerza pública, excluyendo al soldado profesional del beneficio de la prima de actividad habiéndose la concedido a los agentes de la Policía y demás servidores públicos del Ministerio de defensa abusando de las facultades otorgadas por ley para negarle ese derecho a los soldados profesionales que son los que más lo necesitan por estar en el rango más bajo de la escala salarial de las fuerzas militares.

###### **5.3.2 Tesis de la parte accionada**

La entidad militar señala que la ley y la Constitución nacional asignaron al gobierno la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de las fuerzas militares y en buen uso de esas facultades se expidieron normas con fuerza de ley, mediante las cuales se creó la prima de actividad para el personal uniformado con rango de oficial y suboficial y con base en esas facultades se exceptuó de la misma a los soldados profesionales, sin que ello implique vulneración a sus derechos o al principio de igualdad y en consecuencia se deben denegar las suplicas de la demanda.

#### **6. Problema Jurídico planteado**

Procede el despacho a determinar si, ¿es procedente ordenar el reconocimiento, inclusión y pago de la prima de actividad en el porcentaje del 49.5% del salario básico a favor del accionante en servicio activo con base en los principios de favorabilidad laboral y de igualdad ante la ley, o declarar que acto administrativo enjuiciado se encuentra ajustado a derecho?

##### **6.1 Tesis del Despacho**

Se negaran las pretensiones de la demanda como quiera que la mencionada prima de actividad fue creada por el gobierno para beneficio de un sector de los uniformados de las fuerzas militares con base en normas con fuerza de ley, que no transgreden ni vulneran normativa constitucional ni legal alguna y teniendo en cuenta que la administración no puede concederle un derecho que el ordenamiento jurídico no le ha conferido

## **7 Marco legal y jurisprudencial**

### **7.1. Del derecho a la Igualdad.**

La Corte Constitucional, frente al derecho de la igualdad ha señalado que la misma cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por cuanto el mismo es un valor, un principio y un derecho fundamental<sup>1</sup>.

Señala dicha Corporación en la misma sentencia que este carácter lo da por ejemplo el preámbulo constitucional, en donde se establece, entre los valores que pretende asegurar la Constitución, el de la igualdad, a su vez, el artículo 13 *ibídem* se ha considerado como la fuente de dicho principio fundamental.

Señaló la mencionada Corporación en la sentencia C-818 de 2010, respecto de la igualdad normativa:

*“En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación.*

*Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre.”*

Respecto al derecho a la igualdad, la Corte ha señalado que el artículo 13 no debe entenderse “como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática”<sup>2</sup>.

Esto quiere decir que es posible que se presenten tratos diferenciados, sin que ello implique per se, una vulneración al principio de igualdad, siempre que dicha diferencia se ajuste a preceptos constitucionales, en tal sentido ha señalado la Corte Constitucional.<sup>3</sup>

“Tal como lo reconocen la jurisprudencia y la doctrina internacionales, el principio de igualdad constitucional no es el de plena identidad. Alexy afirma que “el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados

<sup>1</sup> Sentencia C-818 de 2010.

<sup>2</sup> T-587 de 2006, T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001

<sup>3</sup> C-314 de 2004

*exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los respectos*<sup>4</sup>. Los individuos no pueden ser tratados de manera idéntica porque la naturaleza les confiere características diversas. En este orden de ideas, es imperioso que la ley considere las divergencias naturales a fin de hacer del régimen jurídico un sistema coherente con la realidad fáctica. De allí que la doctrina sostenga que no siempre los tratos diferenciados son discriminatorios y acepte que la ley pueda introducir diferencias sustanciales cuando las mismas se encuentran plenamente justificadas.

Sobre este particular y citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corporación ha señalado:

13. Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. (Sentencia T-422 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

En relación con este último punto, el de la justificación del trato, la jurisprudencia constitucional advierte que para que sea posible dispensar un trato distinto a situaciones jurídicas similares, es indispensable que el mismo se funde en una razón suficiente -con lo cual se proscribiera cualquier arbitrariedad- y que el trato sea proporcional al fin legítimo que se pretende alcanzar mediante tal diferencia. En otros términos, los requerimientos de legitimidad de la medida diferencial se resumen en la razonabilidad del trato, la legitimidad del fin y la proporcionalidad de la medida.”

En este sentido, debe anotarse que la jurisprudencia constitucional, ha reiterado la posibilidad de dar tratos diferenciales, siempre que se basen en circunstancias objetivas y razonables que se ajusten a la Constitución, si se presentan los siguientes presupuestos:

*“(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»*<sup>5</sup>

## **7.2. De la prima de actividad como partida computable para los soldados profesionales**

La Constitución política de Colombia en su artículo 217<sup>6</sup>, estableció:

*Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.*

*Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.*

*La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.*

Así, en desarrollo de la norma constitucional se expidieron normas que consagraron y establecieron la prima en actividad para los miembros activos de la fuerza pública tales como: el artículo 11 del Decreto 609 de 1.977:

<sup>4</sup> Teoría de los Derechos Fundamentales, Robert Alexy, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 385

<sup>5</sup> Ver entre otras T-587 de 2006; T-716 de 2004 y C-530 de 1.993.

<sup>6</sup> Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

*Decreto 609 de 1.977 Artículo 11: Prima de actividad. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo tendrán derecho a una prima de actividad que será del 30% del sueldo básico y se aumentará en un 5% por cada cinco (5) años de servicio cumplidos.*

Así mismo el artículo 80 del Decreto 089 de 1984:

*Decreto 089 de 1984 **Artículo 80.** Prima de Actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico*

Además se señaló la prima de actividad como partida computable para la asignación de retiro de los Oficiales y suboficiales:

**Artículo 151.** Liquidación prestaciones. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sean retirados del servicio activo bajo la vigencia de este Estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

- a) CESANTÍA Y DEMÁS PRESTACIONES UNITARIAS, sobre:  
Sueldo básico.  
Prima de actividad en, los porcentajes previstos en este Estatuto.  
(...).
- b) ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES, sobre:  
Sueldo básico.  
Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

Posteriormente se profirió el Decreto 095 de 1989, que regulo la prima de actividad para los oficiales y suboficiales y señalo el cómputo y el tiempo de servicio:

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

***Artículo 153.** LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este Estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:*

- a) Cesantía y demás prestaciones unitarias, sobre:  
-Sueldo básico.  
-Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.  
(.....)
- b) Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:  
-Sueldo básico.  
-Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

Mediante la **ley 131 de 1985** se creó el servicio militar voluntario para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifestasen su deseo de continuar en el ejército por un término no inferior a 12 meses y estableciendo el salario mensual y señalando la partidas para su retiro, en la siguiente forma

***Artículo 4º.** El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.  
(...)*

***Artículo 6º.** 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.*

Por otro lado, el **Decreto 1211 de 1.990** “*Por el cual se reforma el estatuto del personal oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.*” no tuvo variación en cuanto a la regulación de la prima de actividad tanto para el personal en servicio activo como para el retirado, conservando los porcentajes en relación con el tiempo servido para efecto de cuantificar su inclusión en la asignación de retiro.

**ARTICULO 84. Prima de actividad.** *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.*

(...)

**ARTICULO 159. Cómputo prima de actividad.** *A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computar de la siguiente forma:*

- *Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).*
- *Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).*
- *Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).*
- *Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).*
- *Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).*

**ARTICULO 160. Reconocimiento prima de actividad.** *A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:*

- *En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).*
- *En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).*
- *En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).*

**PARÁGRAFO.** *Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias.*

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 del 2000 el gobierno expidió el **decreto 1793 del 2000**, mediante el cual se estableció el perfil de los soldados profesionales, se conformó la planta de personal y se ordenó la incorporación señalando los requisitos, la forma de selección y concediendo a los soldados voluntarios incorporados en vigencia de la Ley 131 de 1985 la oportunidad de vincularse en la nueva modalidad de soldado profesional conservando la antigüedad certificada por el comandante de fuerza a 1 de enero del 2001 y autorizó al gobierno nacional para expedir su régimen salarial y prestacional en el artículo 38.

El Presidente en desarrollo de la Ley 4 de 1992 profirió el **Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000**, señalando las asignaciones salariales y prestacionales para los soldados profesionales vinculados mediante de decreto, a las fuerzas militares:

**Artículo 1. Asignación salarial mensual.** *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de*

1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

**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.*

Por su parte, el **Decreto 4433 de 2.004** en su artículo 23<sup>7</sup> estableció las partidas computables y lo atinente a los porcentajes de las mismas para efectos de liquidar las asignaciones de retiro del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad.

Adviértase que el Decreto 4433 de 2.004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, es explícito y claro en señalar el ámbito de aplicación temporal y material de sus disposiciones. En efecto, todos los Decretos que vienen enunciados con posterioridad al Decreto 1211 de 1.990, señalan que la regulación en ellas contenidas, desde el punto de vista material y personal, comprenden a aquellos Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que hayan ingresado a partir de la vigencia de los mismos, o que se encuentren en servicio activo a la entrada en vigencia y sean retirados.

De particular importancia reviste el contenido del artículo 45 del Decreto 4433 de 2.004 que reguló el tema de su vigencia y derogatoria, en efecto, esta disposición de manera expresa señaló que derogaba las disposiciones que le fueran contrarias y en especial, el artículo 193 del Decreto 1211 de 1990.

Respecto del artículo derogado del **Decreto 1211 de 1.990** debe decirse que este hacía referencia a la forma de liquidar la pensión de los beneficiarios en el evento de la muerte de un oficial o suboficial y no a la forma, ni los porcentajes de inclusión de la prima de actividad en las asignaciones de retiro, por cuanto respecto de este punto en particular nada dijo el Decreto 4433 de 2.004, quedando a salvo las disposiciones que sobre la materia trae el Decreto 1211 de 1.990.

Así las cosas, el artículo 23 del Decreto 4433 de 2.004 no hizo más que reiterar que la prima de actividad es uno de los componentes para la liquidación de la asignación de retiro de oficiales, suboficiales de las fuerzas militares, pero no reguló el tema relativo al cómputo total porcentual de la misma para su posterior inclusión en la asignación de retiro, por lo tanto, sigue con plena vigencia y eficacia, el contenido de las disposiciones relativas

---

<sup>7</sup> **ARTICULO 23.** *Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

**23.1 2 Prima de actividad.**

(...)

a la prima de actividad del artículo 159 del Decreto 1211 de 1990.

El gobierno nacional expidió el Decreto 1515 del 2007 el cual modificó la cuantía de la prima de actividad reconocida a los oficiales y suboficiales, así:

**Artículo 32.** *La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto-ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.*

Posteriormente y siguiendo el orden cronológico normativo, se tiene que recientemente fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto reglamentario No. **2863 de julio 27 de 2007**, el cual en su artículo 2º dispuso:

*“Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:*

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

*Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo”*

Y en el artículo 4º ibídem señaló:

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

*Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones”.*

A partir de la expedición del Decreto Reglamentario No. 2863 de 2007, de manera expresa el Gobierno Nacional implementó un nuevo mecanismo o sistema para incrementar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional obtenidas antes del 1º de julio de 2007, y que es el principio de la oscilación previsto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004, normas en las cuales no se incluye como beneficiario de la prima de actividad a los soldados profesionales.

## **8. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice se declara la nulidad de los actos administrativos porque al accionante no se le reconoció la prima de actividad.

### **8.1. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES Y PROBADOS**

<b>HECHO PROBADO</b>	<b>MEDIO PROBATORIO</b>
----------------------	-------------------------

1. Que el señor <b>Edgar Ovalle Ovalle</b> estuvo vinculado al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional	<b>Documental.</b> Hoja de servicios militares (fl 62)
2. Que fue retirado del servicio por tener derecho a la pensión	<b>Documental.</b> Orden administrativa de personal No. 2515 del 26 de diciembre de 2014 (fol. 27-28)
3. Que CREMIL reconoció asignación de retiro al accionante aplicando el 70% del salario mensual adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% de subsidio familiar devengado en actividad.	<b>Documental.</b> Copia resolución No 952 del 5 de febrero del 2015 (fl 17 -18)
4. Que el accionante solicitó al Ministerio de defensa el reconocimiento y pago de la prima de actividad en el 50% desde su ingreso al Ejército en calidad de soldado profesional	<b>Documental.</b> Copia derecho de petición de fecha 22 de agosto del 2018 (fl 14 - 15)
5. La solicitud fue negada en razón a que la mencionada prestación no es reconocida al personal de soldados profesionales	<b>Documental.</b> Oficio 2018 3171626231 de fecha 29 de agosto del 2018 expedido por el Comando del Ejército (fl 13)

## 8.2 De la prima de actividad

La prima de actividad fue consagrada inicialmente a favor de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, correspondiente a un porcentaje adicional de su sueldo básico y posteriormente por expreso mandato normativo, se constituyó como un factor salarial para efectos de liquidar la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, por la respectiva Caja de Retiro.

El accionante solicitó al Ministerio de defensa el reconocimiento y pago de la prima de actividad con el argumento de que la constitución nacional en el artículo 53 ordena aplicara al trabajador la situación más favorable cuando exista duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho y en su caso, se debe reconocer la prestación habida cuenta que los soldados profesionales son los militares que se encuentran en el rango más bajo de la escala salarial.

Sin embargo la entidad accionada en la contestación a la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que, los soldados profesionales se rigen por las disposiciones salariales contenidas en el decreto 1794 del 2000 dentro de las cuales no se encuentra la prima de actividad, circunstancia conocida y aceptada por el accionante al momento de vinculación a la institución.

Propuso la excepción de carencia del derecho e inexistencia de la obligación señalando que la ley concedió facultades al presidente para profesionalizar la carrera militar creando a los soldados profesionales, garantizar la cobertura fijando las asignaciones mensuales y las prestaciones sociales, sin contemplar la prima de actividad, por tanto es improcedente el pago de la mencionada prima en razón a que fueron excluidos de su reconocimiento careciendo el demandante del derecho a percibirla.

Dando alcance al asunto sometido a estudio a este operador judicial y analizando las normas que regulan la materia desde su creación, resulta evidente que el legislador ordenó el reconocimiento de la prima de actividad exclusivamente para un sector de las fuerzas militares - oficiales y suboficiales – encaminado y dirigido a mejorar su asignación mensual

y con carácter prestacional como partida computable para la posterior liquidación de la asignación de retiro una vez acredite los requisitos exigidos por parte de la caja de retiro.

*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.*

*Así, en materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, en este orden, se resalta que el derecho a la igualdad se predica entre iguales a contrario sensu ante diferentes supuestos de hecho no es posible otorgar el mismo trato.*

*En este punto consideró la Corte Constitucional, al decidir sobre la demanda de inexecutable, entre otras normas, de los artículos 14 y 15 de la Ley 4a. de 1992, al pronunciarse sobre la violación al derecho de la igualdad en el trabajo, por haberse creado a favor de ciertos funcionarios del Estado una prima técnica y especial, 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..<sup>8</sup>.*

*Sobre el derecho a la igualdad y los regímenes especiales la Corte estudió "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<sup>9</sup>.*

*Precisó la Corte sobre el derecho a la igualdad que en los regímenes especiales 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.<sup>10</sup>*

De otro lado, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de noviembre de 2004, indicó

*"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"<sup>11</sup>.*

Además, en la sentencia de 27 de marzo de 2014 en la que al referirse sobre los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007 advirtió que

<sup>8</sup> Sentencia C-279 de 1996, Conjuez Ponente, Hugo Palacios Mejía

<sup>9</sup> Sentencia C-229 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>10</sup> Ibídem

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. 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.

*“la no inclusión de los Agentes de Policía como beneficiarios del incremento de la prima de actividad en relación con los 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”* <sup>12</sup>.

En términos de la sentencia mencionada anteriormente, expresó:

*"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.*

*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* <sup>13</sup>

Además, el Consejo de Estado al pronunciarse sobre la inexecutable del decreto 2863 del 2007 <sup>14</sup> en algunos de los apartes de la sentencia expresó:

#### **De la vulneración del derecho a la igualdad**

*Finalmente, precisó el marco de configuración en la expedición del Decreto 2863 de 2008 a partir de la Ley 4 de 1992, para luego señalar que el ejecutivo tiene la potestad de regular los aspectos salariales de los servidores públicos y que al definir los porcentajes de la prima de actividad para los agentes de la Policía Nacional no vulneró el derecho a la igualdad, pues para emitir el artículo 2 acusado, tuvo en cuenta distinciones razonables que atienden circunstancias tales como el grado de responsabilidad y las funciones que desempeña dicho personal, entre otras.*

*Así las cosas, afirmó que pretender que se otorgue la prima de actividad en el mismo porcentaje para todos los miembros de la Fuerza Pública no parte de la aplicación del principio de igualdad sino de igualitarismo como una noción matemática, que desconoce la importancia de la relación de proporcionalidad entre las funciones desempeñadas y la remuneración, pues aunque tanto la Policía Nacional como las Fuerzas Militares hacen parte de la Fuerza Pública, lo cierto es que cada una de ellas cumple funciones distintas que no son equiparables entre sí, lo que hace improcedente una asimilación mecánica de del valor de la prima de actividad.*

En otro aparte de la misma jurisprudencia, la Sala <sup>15</sup> del Consejo de Estado señaló que

*“la Sala precisa que la regulación del régimen prestacional de la fuerza pública se realiza de manera concurrente entre el legislador quien fija las pautas generales, a través de leyes cuadro y el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios lo desarrolla.*

*En efecto la Ley 4 de 1992 señaló en el artículo 2 los lineamientos que debe acatar el Gobierno:*

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

<sup>12</sup> Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 11001-03-25- 000-2009-00029-00 (0656-09), Actor: Carlos Arturo Zuluaga Guerrero

<sup>13</sup> Ibídem

<sup>14</sup> Sala De Lo Contencioso – Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez radicado No 110010325000201000136 00 (1013-2010)

<sup>15</sup> ibídem. Sala Conformada por los Honorables magistrados William Hernández Gómez, Rafael Francisco Suárez Vargas Y Gabriel Valbuena Hernández

*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.*

*En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la fuerza pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la fuerza pública deben tener la misma remuneración por su trabajo.*

*Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53 de la Constitución, según el cual "la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo"; así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones.*

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

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

Es visible que en todas y cada uno de los decretos expedidos, el gobierno nacional modificó y aumentó la cuantía de la prima de actividad pero siempre a favor de los oficiales y suboficiales de la fuerza pública sin incluir tal prestación a los soldados profesionales, tampoco en su momento a los soldados voluntarios ni a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía.

Para este operador de justicia es diáfano que, el legislador establece diferentes escalas salariales teniendo en cuenta distintas variables, tales como el rango, nivel de mando, complejidad de las labores realizadas por cada grado en una institución totalmente jerárquica y en uso también de la facultad constitucional para fijar los emolumentos salariales de los empleados públicos y los miembros de las fuerzas militares.

Así mismo, debemos tener en cuenta que las funciones desarrolladas por los oficiales y suboficiales – de mando y dirección - son absolutamente diferentes a las funciones de los soldados profesionales – ejecución de las ordenes, patrullaje, control territorial y orden público – y que planificación de operaciones militares son responsabilidad de los primeros sin existir igualdad de funciones entre los primeros y los segundos.

En cuanto al *derecho a la igualdad* se tiene que este debe predicarse entre iguales, entre situaciones fácticas similares y frente a condiciones jurídicas idénticas. No puede alegarse violación al derecho a la igualdad respecto de situaciones jurídicas de empleados o servidores públicos que desempeñan funciones distintas, las cuales generan responsabilidades diferentes por ostentar grados o rangos de mando aunque formen parte de la misma institución castrense.

Es factible que el legislador, en su amplia capacidad de configuración legislativa, haya considerado circunstancias de hecho o de otra índole, que no operaban en el momento en que se dictaron los estatutos y normatividades bajo los cuales se adquirió el status de soldado profesional del actor para hacer diferenciaciones en materia prestacional, sin que ello implique violación del derecho a la igualdad, téngase por ejemplo del caso de los

maestros, en donde unos que gozan de una prestación como la pensión gracia, y otros que estando en las misma situación de hecho, no son beneficiarios de ellas por cuanto el legislador así lo dispuso de manera expresa.

De manera que, amparado en los argumentos expuestos, acorde con el precedente jurisprudencial y de la normatividad que constituye el fundamento jurídico de la demanda y del concepto de violación de la misma, no se evidencia efecto o consecuencia jurídica que lleve al operador judicial a ordenar el reconocimiento y pago de la prima de actividad del accionante y así se consignará en la parte resolutive de esta sentencia, razón por la cual se denegarán las pretensiones de la demanda.

## **9. RECAPITULACIÓN**

El gobierno nacional mediante el decreto 1793 del 2000 expidió el régimen de carrera y el estatuto de personal de los soldados profesionales, varones entrenados y capacitados con la finalidad de actuar en unidades de combate en apoyo de las operaciones militares, fijando los requisitos para su incorporación y el número de unidades de acuerdo con la necesidad anual en la planta de personal de las fuerzas militares.

En el entendido que en Colombia no puede existir un cargo público sin funciones establecidas que desempeñar y remuneración que percibir, el gobierno expidió el Decreto 1794 del 2000 mediante el cual se estableció el régimen salarial y prestacional exclusivo para los soldados profesionales, consistente en salario mensual, pasajes por traslado, cesantías, subsidio familiar y primas de antigüedad, de servicios, de navidad y de vacaciones sin incluir la prima de actividad reconocida desde varios años antes para el personal de la fuerza pública.

Con base en lo anterior, se negaran las pretensiones de la demanda habida cuenta que este operador judicial carece de facultad constitucional o legal de crear prestaciones económicas o emolumentos salariales para servidores públicos de cuyo beneficio fueron excluidos en forma expresa o tácita por el legislador.

## **10. CONDENA EN COSTAS.**

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada en la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) a la ejecutoria de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO. NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda

**SEGUNDO. CONDÉNESE** en costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) a la ejecutoria de esta providencia como agencias en derecho

**TERCERO.** Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del CPACA.

**CUARTO:** Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

**NOVENO:** Por secretaría efectúense las anotaciones en el sistema Siglo XXI y una vez en firme, archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**LUIS MANUEL GUZMÁN**  
Juez  
(ORIGINAL FIRMADO)