

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Expediente : **11001-3342-046-2016-00678-00**
Demandante : **ADONIS JOSE OYOLA ZUÑIGA**
Demandado : **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Adonis José Oyola Zúñiga, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Defensa, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.8-16).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad del Oficio No. 20160423330305331 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 de 27 de junio de 2016 por medio del cual se negó el reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49.5% del salario básico del actor.

A título de restablecimiento del derecho solicita “...reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49.5% del salario básico del actor, aplicando la prescripción cuatrienal desde la fecha de petición el 08 de junio de 2016 cancelando

el capital, indexación e intereses de ley hasta el pago total de la obligación conforme la ley 1437 de 2011.

Condena en costas y agencias en derecho a la demandada.”

1.3 Hechos.

Relata el demandante que actualmente es funcionario en calidad de soldado profesional de la Armada Nacional.

Mediante petición el actor solicitó de la entidad, reconocimiento, pago e inclusión de la prima de actividad al 49.5% del salario básico. Petición que fue denegada mediante Oficio No. 20160423330305331 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 de 27 de junio de 2016.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 4, 6, 13, 29 y 53, Leyes 4/92, 131/85 y Decretos 4433/04, 1793 y 1794 de 2000, 1211 y 1214 de 1990.

El apoderado de la parte actora, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, por cuanto al negarse la inclusión de la prima de actividad para los soldados, quebrantó el derecho a la igualdad, atendiendo que dicha prestación le es reconocida a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, pero no a los soldados, quienes son el eslabón más débil de la pirámide jerárquica militar.

1.5 Contestación de la demanda.

La entidad demandada por su parte se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que los soldados voluntarios y profesionales, regidos por el decreto 1794 de 2000, no tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad; sin que por ello se pueda predicar violación al derecho de la igualdad, porque al interior de las Fuerzas Militares existen dos regímenes salariales y prestacionales, a saber: i) el previsto para Oficiales y Suboficiales, y ii) el de soldados e Infantes de Marina. De ellos infiere que los soldados profesionales presentan situaciones fácticas diferentes, debido al rango, jerarquía y funciones que desempeña. Agrega

78

que el personal de soldados profesionales no quedo desprotegido, pues con el régimen salarial y prestacional que se les reconoció una serie de prerrogativas de naturaleza salarial y prestación enmarcadas dentro de su propio régimen.

1.6 Audiencia inicial

El 16 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de pruebas, diligencia que culminó el 16 de agosto de 2018, en la que se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, concediéndosele a las partes un término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

1.7 Alegatos de conclusión:

La parte demandante Guardó silencio.

La entidad demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

Se circunscribe a dilucidar, si al demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima de actividad en cuantía equivalente al 49.5% del Salario Básico, conforme a lo previsto en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas concordantes.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Petición de fecha 8 de junio de 2016 por medio de la cual, el actor solicitó de la entidad, el reconocimiento, pago e inclusión del incremento de la prima de actividad al 49.5% del sueldo básico (fl.2).
- ✓ Mediante Oficio No. 20160423330305331 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 de 27 de junio de 2016, la entidad negó la solicitud elevada por el actor (fl.3).

2.3 Marco jurídico y jurisprudencial

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

Régimen salarial y prestacional aplicable a los soldados voluntarios incorporados como profesionales.

La Ley 131 de 1985 estableció en su artículo 2° el servicio militar voluntario para aquellos soldados que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y reunieran los requisitos para ser aceptados, disponiendo lo siguiente:

“Artículo 2o. 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 autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

Parágrafo 1o. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

Parágrafo 2o. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno”.

El artículo 4° ibídem consagró una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en los siguientes términos:

“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”.

Atendiendo la normatividad antes referida, se concluye, que el legislador estableció para los soldados voluntarios una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un 60% del mismo salario.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 1793 de 2000, por el cual se

expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, a través del cual se definió, la condición de Soldado Profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

En lo concerniente a la vinculación de los soldados incorporados en virtud de la Ley 131 de 1985, el parágrafo del artículo 5° del antedicho Decreto 1793 de 2000 consagró la posibilidad de que los Soldados Voluntarios fueran vinculados a la planta de personal de la Fuerza Pública como Soldados Profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y respetando el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho. Así lo dispuso:

“Artículo 5. SELECCION. 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”.

Así las cosas, los soldados regidos por la Ley 131 de 1985 tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para expresar su intención de incorporarse como soldados profesionales y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el citado Decreto 1793 de 2000, otorgándoles el beneficio de conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de su incorporación. Además ordenó al Gobierno Nacional que al fijar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, lo hiciera “...con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”¹.

Luego, en cumplimiento a la orden dada, se expidió el Decreto 1794 de 2000, “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, en lo atinente a la asignación salarial mensual de los soldados profesionales consagró:

¹ Artículo 38.

“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 parágrafo 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. (...)

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”.

Conforme a lo anterior, se concluye que el Decreto 1794 de 2000 respetó los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se encontraban incorporados al 31 de diciembre de 2000, que luego se vincularon por voluntad propia como soldados profesionales, debido a que se les mantuvo su retribución mensual correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento, en atención a lo previsto en el artículo 4° de la Ley 131 de 1985; y señaló para los soldados nombrados a partir del 1° de enero de 2001 como profesionales, una contraprestación por el servicio prestado equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un cuarenta por ciento del mismo.

No obstante lo anterior, en materia prestacional el Decreto 1794 de 2000, no previó el pago de la prima de actividad en favor de los soldados profesionales, pues en su favor se crearon otras prestaciones, a saber: Prima de Antigüedad (art. 2), Prima de Servicio Anual (art. 3), Prima de Vacaciones (art. 4), Prima de Navidad (art 5), Vacaciones (art. 8), Cesantías (art. 9). Subsidio Familiar (art. 11) y Tres Meses de Alta (art. 12).

De la Prima de Actividad

Sea lo primero indicar, que la prima de actividad, como su nombre lo indica, es un emolumento salarial que inicialmente fue otorgada para aquellos miembros de la Fuerza Pública que se encontraban activos en la prestación del servicio, sin

embargo, tal beneficio se hizo extensivo a los militares y policiales retirados que gocen de asignación de Retiro.

El Decreto 0612 del 15 de marzo de 1977², en lo atinente a la prima de actividad, puntualizó:

“ARTÍCULO 65. 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.”

La norma precitada denota claramente que la prima de actividad es un emolumento salarial creado en beneficio de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es decir, que dentro de sus beneficiarios no se incluye a los soldados o infantes de marina.

Posteriormente, se expidió el Decreto Ley 2063 de 1984, el cual fue sustituido por el Decreto Ley 097 de 1989, y éste a su vez, por el Decreto 1211 de 1990, disposiciones que, como la primera, regulaban lo relativo a la inclusión de la prima de actividad como partida computable o factor salarial en beneficio de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el señor Adonis José Oyola Zúñiga se encuentra vinculado a la Armada Nacional como Infante de Marina profesional. Igualmente, se encuentra acreditado que mediante derecho de petición radicado ante la entidad demandada el día 8 de junio de 2016, el actor solicitó de la entidad demandada el reconocimiento y pago de la prima de actividad, solicitud que fue denegada a través de Oficio 20160423330305331 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 de 27 de junio de 2016.

Atendiendo el análisis normativo que antecede se tiene que la prima de actividad no es un emolumento contemplado en la ley para los soldados profesionales, pues aquel rubro, según lo dispuesto por el legislador, está previsto para los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, de manera que no es posible atender las pretensiones de la demanda.

² “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.”

Se precisa que, si bien existe una aparente desigualdad y discriminación respecto de los soldados o infantes de marina por el no reconocimiento y pago de la prima de actividad, aquella está sustentada en los distintos regímenes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares. Así, no es dable predicar la violación al derecho a la igualdad, dado que los soldados profesionales tienen un régimen salarial y prestacional distinto al de los suboficiales, y por ello, el legislador, en virtud de la potestad de configuración legislativa, en particular, respecto de la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública; puede crear o ampliar derechos laborales en beneficio de un grupo de servidores, sin que ello implique menoscabo de los derechos de otros.

Respecto de la violación del derecho a la igualdad, bien es sabido que la igualdad se predica entre iguales, situación que no ocurre en el presente caso, pues si bien los soldados Profesionales y los Oficiales y Suboficiales hacen parte de las Fuerzas Militares, no es menos cierto que los primeros tienen un rango inferior frente a los otros, por tal razón no se puede predicar el derecho a la igualdad, ni menos aún el principio constitucional de "A Igual Trabajo Igual Salario". Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

"(...)

En reiterada jurisprudencia de ésta Corporación, se ha señalado que el derecho a la igualdad, no plantea una igualdad matemática, sino una igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones, y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones. Con base en éste derecho fundamental contenido en la Carta Política es que se ha dado desarrollo al principio de "a trabajo igual, salario igual". No se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores, que cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente. Al respecto cabe señalar que no se puede dejar en manos del mismo empleador, la posibilidad de que éste desarrolle criterios, subjetivos, amañados y caprichosos que pretendan justificar un trato discriminatorio entre trabajadores que desarrollan la misma actividad...".³

Finalmente, se advierte que no se avizora que el Decreto 1794 de 2000, disposición que según la parte actora incurrió en omisión legislativa, haya sido objeto de pronunciamiento alguno por parte de las autoridades judiciales competentes, infiriéndose de ellos la legalidad de las mismas.

³ Corte Constitucional – Sentencia T-018/99, sentencia de 21 de enero de 1999, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Decisión

De acuerdo a lo expuesto, y realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables al presente asunto, el Despacho llega a la conclusión que el demandante no tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la prima de actividad, por ende, las pretensiones de la demanda serán negadas. En consecuencia, el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”⁴.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

⁴ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)”

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste 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.
(...)”

⁵ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte accionante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.⁶

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. NIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

⁶ Postura que ha sido reiterada por el H. Consejo de Estado. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez