

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Medio de control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

No. Radicación : **11001-33-42-047-2020-00181-00**

Demandante : **OMAR ALEJANDRO GAITÁN SÁENZ**
C.C. No. 1.016.016.502 de Bogotá

Demandado : **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**

Asunto : **Diferencia salarial 20% Soldado Profesional**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Con fundamento en los artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulada por el artículo 138 *ibidem*, promovido por el señor **OMAR ALEJANDRO**

GAITÁN SÁENZ, actuando a través de apoderado especial, contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**.

1.1.2 PRETENSIONES

La parte demandante solicita las siguientes declaraciones y condenas:

1. Se declare la existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto generado por el silencio administrativo negativo de la demandada, respecto a la petición realizada el 24 de agosto de 2018 con la que se solicitó el reajuste de la diferencia salarial del 20% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad, o en su defecto, del acto administrativo físico, en caso de existir.
2. De manera subsidiaria y en caso de no prosperar la pretensión de nulidad, solicita se aplique la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 13, 25, 53, y 209 de la Constitución, de acuerdo al concepto de violación.
3. Se aplique la excepción de convencionalidad, para inaplicar los actos administrativos demandados, en su lugar aplicar los artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
4. A título de restablecimiento del derecho, se declare que el demandante ha realizado las mismas funciones de un soldado voluntario.
5. Se condene a la parte demandada a pagarle al actor la diferencia salarial del 20% que se le venía pagando a los soldados voluntarios y se le reconozca y pague la prima de actividad que reciben los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, de conformidad con las normas vigentes.
6. Se ordene a la accionada a reliquidar las prestaciones sociales devengadas por el demandante.
7. Se condene a la accionada en costas y se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.1.3. HECHOS

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. El señor Omar Alejandro Gaitán Sáenz ingresó al Ejército Nacional de Colombia en calidad de Soldado Profesional conforme al Decreto Ley 1793 del año 2000, sin haber sido Soldado Voluntario.
2. Considera que, en calidad de soldado profesional tiene asignadas las mismas funciones que tienen asignadas los soldados profesionales que fueron incorporados al Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares que estaban activos antes de su entrada en vigencia, es decir, los soldados voluntarios.
3. El Ejecutivo, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 creó el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en el Decreto 1794 de 2000, estableciendo un salario diferente para los soldados profesionales que se incorporaron sin haber sido soldados voluntarios, y para, los soldados profesionales que se incorporaron siendo soldados voluntarios.
4. El salario básico establecido para los soldados profesionales que fueron voluntarios está conformado por un incrementado en un 60%. 19, mientras que el establecido para los soldados profesionales nuevos está conformado por un salario mínimo mensual vigente, incrementado en un 40%.
5. En consecuencia, el día 24 de agosto de 2018 elevó derecho de petición a la entidad demandada a fin de obtener el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, así como de la prima de actividad.
6. Respecto a la solicitud referida la accionada guardó silencio, configurándose así un silencio administrativo negativo.

1.1.4. NORMAS VIOLADAS

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Artículos 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93,94, 125, 217; Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículos 1, 2, 23 y 24; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: artículo 7; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador: artículo 24, Declaración Universal De Derechos Humanos: artículo 7.

Legales: Artículo 134 Ley 1437 de 2011.

2.- POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

El apoderado libelista consideró que el acto administrativo ficto o presunto acusado incurre en la causal de nulidad de infracción de las normas en que debía fundarse, como quiera que se le está aplicando en su caso un régimen que resulta discriminatorio para el personal de soldados voluntarios y profesionales, respecto a los oficiales y suboficiales de la fuerza, como quiera que antes de un pronunciamiento del Consejo de Estado, no se les reconocían derechos como pensión de sobrevivientes, lo que generó en su momento un desequilibrio laboral.

En cuanto a la remuneración salarial, argumentó que el régimen de los soldados voluntarios es mejor que el de los soldados profesionales, dado que a los primeros se les reconocía un salario mínimo más una bonificación mensual del 60% y a los profesionales se les reconoce un salario mínimo más un incremento del 40%, lo que demuestra un trato discriminatorio e inequitativo para soldados que prestan un mismo servicio

Así mismo, respecto a la prima de actividad señaló que es inequitativa que la misma solo se reconozca a los oficiales y suboficiales de la fuerza y, el subsidio familiar, el cual era reconocido a los soldados profesionales mediante el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, fue derogado en virtud del Decreto 3770 de 2009, y si no es por lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 08 de junio de 2017, que declaró la nulidad de esa norma, también se habrían quedado sin ese derecho, el cual, a pesar de lo dicho por la Corporación, con posterioridad fue modificado mediante el Decreto 1161 de 2014, reconociendo el derecho pero en un monto inferior al que venían recibiendo, lo que demuestra que existe incongruencia entre normas y que al demandante le debe ser aplicada la más beneficiosa, esto es el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

2.2. Demandada:

Con memorial allegado al correo institucional el día 05 de agosto de 2021¹, la apoderada judicial contestó la demanda, pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a las pretensiones, indicando que, en virtud de las competencias asignadas en el artículo 150 de la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992, el Ejecutivo fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública y en ese sentido, fijó entre otros, el régimen de soldados, suboficiales y oficiales.

¹ Ver expediente digital archivo “14ContestacionDemanda.pdf”.

Para el caso en concreto, informó que el demandante se vinculó al Ejército Nacional como soldado profesional, en los términos de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y que en ningún momento tuvo la condición de soldado voluntario, por lo que se hizo acreedor a un régimen salarial y prestacional específico, de allí que la asignación básica, correspondía a la fijada por la ley, la cual corresponde a un SMLMV con un incremento del 40% del mismo, así como al pago de cesantías, vacaciones, primas, asignación de retiro, sustitución pensional, salud a sus beneficiarios, entre otras, y en esas condiciones, no tiene derecho al reajuste salarial del 20% y no es viable reclamar derechos que no se han adquirido.

Finalmente, sobre la pretensión de reconocimiento de prima de actividad, afirma que la normatividad que es aplicable a los soldados profesionales no contempla el reconocimiento de ese concepto; por lo tanto, no le asiste el derecho al demandante ni la obligación de concederla a la entidad accionada.

Con fundamento en lo expuesto, solicita se nieguen la totalidad de las pretensiones de la demanda.

3. TRAMITE PROCESAL

La demanda se radicó ante la Oficina de Apoyo el día 06 de agosto de 2020, asignada por reparto a esta sede judicial² y siendo admitida con proveído de fecha 18 de mayo de 2021³, el cual se notificó el día 19 de junio de la misma anualidad al Ministro de Defensa Nacional⁴, junto con el traslado de la medida cautelar invocada en la demanda⁵.

Vencidos los traslados de ley y con contestación oportuna tanto a la demanda como a la medida cautelar solicitada por el extremo activo, con auto de fecha 08 de febrero de 2022⁶, se tuvieron como pruebas los documentos aportados, se fijó el litigio y se requirió al ente accionado allegar el expediente administrativo.

Cumplido lo anterior y surtido el término probatorio a la documental obrante en los archivos 35 y 36 del expediente digital, sin objeción o inconformidad alguna de las

² Ver expediente digital archivo “03ActaReparto.pdf”.

³ Ver expediente digital archivo “08AutoAdmite.pdf”.

⁴ Ver expediente digital archivo “11Notificación de Demanda.pdf”.

⁵ Ver expediente digital archivo “09AutoTrasladoMedidaCautelar.pdf”.

⁶ Ver expediente digital archivo “19AutoRequiere.pdf”.

partes, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión con auto calendado el 29 de noviembre de 2023⁷.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

El apoderado del extremo activo presentó sus alegatos de conclusión en tiempo, mediante memorial enviado al correo electrónico del Despacho en fecha 12 de diciembre de 2023⁸, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y aduciendo que no se debe aplicar la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado a la que se hace referencia en la contestación de demanda, pues ni fáctica ni jurídicamente existe identidad, entre lo allí consignado, y lo aquí pedido y además, la tesis que allí se adopta es diferente a la presentada acá, ya que se tratan derechos adquiridos y en el presente asunto se habla de “trabajo igual, salario igual”.

Luego presentó un indicio que considera debe ser valorado en la sentencia, como prueba indirecta frente a los hechos relacionados con el cumplimiento de las funciones realizadas por parte del señor Gaitán Sáenz y las que cumplen los demás soldados profesionales, que en otro tiempo fueron voluntarios.

También consideró que está probado y acreditado dentro del expediente una igualdad formal, entre cada uno de los grupos comparados, en lo relacionado con el reajuste salarial del 20%, pues uno empezó a devengar prima de servicios, prima de vacaciones, prima de orden público (casos específicos), vivienda familiar, subsidio familiar, prevendas que no tenían antes, excepto el porcentaje en el sueldo básico que es exactamente el mismo para los dos soldados, una vez ambos fueron vinculados a la carrera administrativa del decreto 1793 de 2000, a pesar de que el demandante demostró que tiene las mismas situaciones de formación, de retiro, de calificación, de prestaciones salariales.

Por lo anterior, concluyó que la parte demandada no satisfizo la carga probatoria radicada en su cabeza, sino que se observó un profundo silencio en lo que tiene que ver con los criterios objetivos de justificación del trato desigual, solicitando acceder al derecho solicitado en las condiciones que fueron pedidas en la demanda, por estar desvirtuada la legalidad, inconstitucionalidad e inconvencionalidad del acto administrativo para que sea nulado.

⁷ Ver expediente digital archivo “43AutoTrasladoAlegatos.pdf”.

⁸ Cfr. Documento digital 45

3.1.2. Demandada:

La apoderada de la cartera ministerial accionada oportunamente presentó sus alegaciones finales⁹, ratificando la posición asumida en la contestación de demanda, en especial el relacionado con que al actor no le es aplicable el Decreto 1794 de 2000, como quiera que nunca ostentó la calidad de soldado voluntario, por lo tanto, no es viable reclamar derechos que no se han adquirido, ni están consagrados en la norma que lo regula su asignación salarial y prestacional, la cual se encuentra vigente y que era de su conocimiento desde el momento en que se incorporó en la institución, sin oponerse a ninguno de los pagos que se le han realizado.

Por lo expuesto, señaló que lo pretendido en la demanda invocando el derecho a la igualdad, es desconocer lo contenido en el Decreto 1794 de 2000, ya que este además no contempla el pago de una prima de actividad, encontrándonos frente a una situación de pleno derecho, dando lugar que se nieguen las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento.

3.1.3. Ministerio Público:

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

4. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico, analizará la normatividad aplicable al caso y finalmente resolverá el caso concreto.

4.1. Problema Jurídico

⁹ Cfr. Documento digital 44

Conforme con lo señalado en la providencia de 08 de febrero de 2022¹⁰, la fijación del litigio consiste en establecer “*si el demandante quien ostenta la calidad de soldado profesional, tiene derecho a que la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL le reconozca y pague: i. El reajuste salarial del 20% conforme al Decreto 1794 de 2000, junto con la reliquidación de sus prestaciones y; ii. La prima de actividad que devengan los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional*”.

4.2. Desarrollo del problema jurídico

Régimen salarial y prestacional aplicable a los soldados voluntarios y profesionales de las FFMM

- Reajuste salarial del 20%

La ley 131 de 1985 “*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, estableció un régimen especial para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifestaran el deseo de prestar el servicio militar voluntario, el cual no podía ser inferior a 12 meses, para el efecto, el Gobierno Nacional tenía la obligación de regular lo concerniente a la prestación de esta modalidad de servicio.

Como el Decreto 370 de 1991 reglamentario de la anterior disposición, no consagró ninguna modificación respecto al régimen salarial de los soldados voluntarios, su régimen salarial se continuó rigiendo por lo señalado en la ley 131 de 1985, que en su artículo 4º dispone que “*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*”.

Con la expedición del Decreto 1793 de 2000 “*Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*” se autorizó la incorporación de los soldados voluntarios al régimen de los soldados profesionales, fue así que mediante el parágrafo del artículo 5º de la normativa citada se dispuso que los soldados voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 serían incorporados el 1 de enero de 2001 al régimen de soldados profesionales siempre y cuando expresaran su intención de incorporarse, de ser así, adquirirían tal categoría y se les aplicaría íntegramente lo dispuesto en dicha norma, de conformidad con el artículo 42 ibidem.

¹⁰ Ver expediente digital archivo “19AutoRequiere.pdf”.

Respecto al régimen salarial a que tendrían derecho los soldados voluntarios incorporados al régimen de los soldados profesionales, se tiene que el aparte segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, reglamentario del Decreto 1793 de 2000 dispuso que *“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%)”*.

A diferencia del soldado voluntario, la asignación básica devengada por un soldado profesional corresponde a un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario según lo dispone el artículo 1 del Decreto 1793 de 2000, fue por esa diferencia salarial, que al establecer la incorporación de los soldados voluntarios al régimen de los soldados profesionales, se consagró la excepción frente a los haberes devengados por los soldados voluntarios para que su situación salarial no se viera desmejorada por el cambio de régimen, lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 4 de 1992 en la que se establece que al fijar un régimen salarial y prestacional se deberán respetar los derechos adquiridos de los servidores del Estado y que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

En esas condiciones, cabe resaltar que el inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000 dispone que los soldados profesionales vinculados a las FFMM devengarán un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario, disposición que no es equiparable a los soldados voluntarios incorporados al régimen de los soldados profesionales en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo ibidem.

- Prima de actividad

En sentencia de 16 de abril de 2009¹¹, el Consejo de Estado explicó 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.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO –Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad: 25000232500020021019401(2137-07).

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 así que, finalmente los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990, previeron la prima de actividad no solamente para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, sino también para los de las Fuerzas Militares y para los empleados públicos del Ministerio de Defensa.

En lo que tiene que ver con el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000 en su artículo 38, autorizó al Gobierno nacional para su expedición, en los siguientes términos:

"Artículo 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."

El Decreto 1794 de 2000, establece el régimen salarial y prestacional de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, con base en las facultades contenidas en la Ley 4 de 1992.

Según el artículo 1 de la norma se definió que la asignación mensual salarial de los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% del mismo.

Si se trata de soldados que, a 31 de diciembre de 2000, tenían vinculación conforme a la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 60%.

Según la norma, los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio, vacaciones y de navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, sin incluir la prima de actividad.

4.3. Análisis del material probatorio

Para determinar si al demandante le asiste los derechos reclamados, el Despacho valorará las pruebas que fueron debidamente aportadas, frente a las cuales se encuentra que:

- El señor Omar Alejandro Gaitán prestó su servicio militar al Ejército Nacional a partir del 02 de agosto de 2007 hasta el 31 de enero de 2009, luego ingresó como Alumno Soldado Profesional del 11 de mayo al 30 de junio de 2009 y finalmente como Soldado Profesional desde el 1º de julio de 2009¹².
- Reposan certificaciones de los haberes percibidos por el demandante para el mes de noviembre de 2017 y septiembre y noviembre de 2022¹³.
- Con petición del 24 de agosto de 2018, el demandante a través del SISTEMA DE GESTIÓN DE SOLICITUDES PQR EJERCITO NACIONAL solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, así como el subsidio de familia y la prima de actividad¹⁴.

4.4. Caso concreto

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que el demandante pretende se le reconozca el reajuste de su salario, aumentándolo en un 20% conforme al régimen que venía siendo reconocido a los soldados voluntarios vinculados en virtud de la ley 131 de 1985; se le pague la prima de actividad prevista en el Decreto 1211 de 1990 para el personal de oficiales y suboficiales del Ejército Nacional y el subsidio familiar dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

De acuerdo con la normatividad analizada, se evidencia que, el personal de la Fuerza Pública goza de un régimen salarial y prestacional especial, que para el caso de los soldados profesionales está contenida en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

En lo que se refiere a la asignación básica reconocida a este personal, se encuentra que el inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000 dispone que los soldados profesionales vinculados a las FFMM devengarán un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario y, al encontrar que el accionante pertenece a este Régimen, dado que ingresó a la institución como soldado profesional el 11 de mayo de 2009, esta es la norma que le resulta aplicable, lo que

¹² Cfr. Documento digital aplicativo SAMAI índice 38 hoja 18, índice 39 hoja 7 e índice 44 hojas 6 y 7.

¹³ Cfr. Documento digital aplicativo SAMAI índice 38 hoja 20 e índice 39 hojas 12 y 13.

¹⁴ Cfr. Documento digital aplicativo SAMAI índice 1 hoja 16.

impide que se le reconozca un régimen salarial diferente al que el ordenamiento jurídico le permite, en esas condiciones, no le es equiparable el porcentaje salarial previsto para los soldados voluntarios, sumado al hecho de que no ingresó a la institución en esa calidad.

En lo que se refiere al reconocimiento de la prima de actividad reclamada, este operador judicial está habilitado para declarar la inaplicación de una norma, cuando la misma se encuentre abiertamente inconstitucional, con efectos inter partes, siempre y cuando se den motivos válidos y siempre y cuando el tema no hubiera sido objeto de control de nulidad por el Consejo de Estado.

En el caso no se cumplen los presupuestos básicos para la inaplicación de las normas referidas, como quiera que:

- La prima de actividad no está consagrada dentro del régimen de prestaciones sociales a favor de los soldados profesionales.
- La remuneración salarial que deba percibir el personal de la Fuerza Pública está sujeta al nivel de los cargos, sus funciones, responsabilidad y requisitos académicos y de trayectoria militarlos con que se deba cumplir para acceder a ellos, tal como lo explica el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de abril 25 de 2019.

Sumado a lo anterior, sobre el tema del régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales y la no vulneración del principio de igualdad, nuestro órgano de cierre en sentencia proferida el 24 de junio de 2021¹⁵, zanjó la siguiente posición:

“(…)

Los soldados profesionales sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y cesantías, las cuales deben calcularse teniendo en cuenta el salario básico. Sin que se observe la inclusión de la prima de actividad a favor de este personal.

(…) con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual.

“(…)

Para tal efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad, que permite determinar si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, herramienta que está compuesta por tres etapas de análisis a saber: i) criterios de comparación, esto es, determinar si se trata de sujetos de la

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Ponente: William Hernández Gómez, expediente de Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado bajo el No. 52001-23-33-000-2017-00665-01.

misma naturaleza; ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y; iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

(...) si bien la mentada prestación no se tiene regulada a favor de los soldados profesionales la cual sí se prevé para los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, también lo es que, estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos.

Ello toda vez que: i) pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y ii) los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes. Dichas circunstancias especiales permiten que en materia salarial se determinen tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, esto es, que los criterios de diferenciación en el sub índice obedecen a factores prudentes que el legislador ha señalado dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución.

Igual situación ocurre con el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional que tiene un régimen especial para el ingreso, retiro, emolumentos salariales y prestacionales disímiles al que rige las Fuerzas Militares y de Policía. Contrario es cuando se demuestra que, sin razón justificada, las diferencias surgidas en aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios frente a quienes se encuentran sometidos a uno u otro régimen, lo cual constituiría una discriminación que involucra la inaplicación de dicha normativa y la exclusión del ordenamiento jurídico, por desconocimiento del derecho a la igualdad, lo cual, conforme se analizó, no se aprecia en el sub lite.

(...)”

Así entonces, la igualdad en materia salarial no impide que la ley establezca tratos diferentes, sino que exige que tengan fundamento objetivo y razonable, condición que no se quebranta al establecer criterios diferentes para grados diferentes, para los que se exigen calidades así mismo, diferentes.

No puede entonces simplemente invocarse la vulneración al derecho a la igualdad, con la transcripción de unas normas que, por sí mismas, de lo único que dan cuenta es de regímenes especiales y criterios fijados para distintos niveles.

En ese sentido, no es dable reconocer el concepto de prima de actividad al actor, como quiera que la norma no establece este emolumento como parte de su retribución salarial o prestacional.

Así las cosas, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo acusado, este Despacho concluye que se deben negar las súplicas de la demanda.

4.6. Costas

Finalmente, la Instancia no condenará en costas teniendo en cuenta que el artículo 188 del C.P.A.C.A., no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por

parte del operador judicial, en razón a lo anterior, este Despacho advierte que no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, por tanto, no se hace necesaria la sanción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda incoadas por el señor **OMAR ALEJANDRO GAITÁN SÁENZ** identificado con C.C. No. 1.016.016.502 de Bogotá, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia.

TERCERO: Una vez en firme esta sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE¹⁶, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

La presente providencia fue firmada electrónicamente por el juez en la plataforma SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

Puede validar la autenticidad del documento ingresando en el siguiente link:
<https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador.aspx>

LMR

¹⁶ Parte demandante: notificaciones@wyplawyers.com; yacksonabogado@outlook.com
Parte demandada: ximenarias0807@gmail.com; notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co
Ministerio Público zmladino@procuraduria.go