

14  
18

Señor

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO - reparto

Popayán, Departamento Cauca

S. D.

**Asunto:** REAJUSTE del 40% al 60%, INCLUSIÓN de la 1/12 PARTE PRIMA DE NAVIDAD Y de la BONIFICACION ORDEN PUBLICO en la PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO** – Art. 138 Ley 1437 de 2011.

**DEMANDANTE:** DIEGO ESPINOSA VALDÉS

**DEMANDADA:** NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA

Cordial saludo

**EDIL MAURICIO BELTRAN PARDO**, abogado en ejercicio actuando en representación mediante poder conferido por el demandante, concurro ante ese despacho, para presentar por el medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- representados por el señor Ministro D. LUIS CARLOS VILLEGAS, o quien haga sus veces al momento de su notificación con el fin de que se efectúen las declaraciones y condenas respectivas.

**HECHOS:**

1. El Demandante, ingresó a la laboral al Ministerio de Defensa en condición de Soldado Regular.
2. La vinculación del demandante estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.
3. A partir del 1º de Noviembre de 2003, la vinculación del demandante estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y el Decreto 4433 de 2004 del orden Ministerial de Defensa Nacional
4. El Demandante estuvo vinculado al EJERCITO NACIONAL – MINISTERIO DE DEFENSA.
5. La NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA., le reconoció PENSIÓN DE INVALIDEZ mediante Resolución No.4432 del 03 de diciembre de 2010.
6. La RESOLUCION de liquidación de la pensión de invalidez del demandante fue efectuada con base en un s.m.m.l.v. más el 40%.
7. EL REAJUSTE del veinte (20%) por ciento POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DE SEPTIEMBRE 14 DE 2000, LIQUIDANDO EL S.M.M.L.V. MAS EL 40%, CUANDO LA NORMA ESTABLECE PARA LOS SOLDADOS QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL S.M.M.L.V. MAS EL 60%.
8. El demandante radica DERECHO DE PETICION ante la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA, solicitando la RELIQUIDACION del s.m.m.l.v. más el 60% en la pensión de invalidez por medio del oficio radicado del 28 de septiembre de 2016

9. La petición anterior del 28 de septiembre de 2016 se solicita se tenga en cuenta para la aplicación de la prescripción cuatrienal.
10. El demandante radica nuevamente DERECHO DE PETICION ante la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, solicitando la RELIQUIDACION del s.m.m.l.v. más el 60% en la pensión de invalidez por medio del oficio radicado EXT-17-11972 del 09 de febrero de 2017.
11. Mediante Oficio No.OFI17-11775 MDNSGDAGPSAP del 20 de febrero de 2017 firmado digitalmente por Lina María Torres Camargo –Coordinadora grupo prestaciones sociales- la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA – le comunica al demandante que “En lo relacionado al reajuste del 40% del salario base, certificación de la última unidad donde laboro y copia de la hoja de servicios, en virtud del art 21 de la ley 1755 de 2015, por la cual se regula el derecho Fundamental de petición me permito respetuosamente trasladar dicha petición a la Dirección de personal del Ejército Nacional, ubicada en la Carrera 54 No. 26-25- CAN, en Bogotá, ya que es la dependencia competente para resolver dicha solicitud”.
12. Por medio del Oficio No.20173170373651:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGR-COPER-DIPER-1.10 del 08 de marzo de 2017 la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA – le negó el derecho al demandante de la RELIQUIDACION DEL s.m.m.l.v. más el 60% en la pensión de invalidez.

**13. En servicio activo el demandante devengaba PRIMA DE NAVIDAD.**

14. En la RESOLUCION de liquidación de la pensión de invalidez del demandante no le fue incluido la duodécima parte de la PRIMA DE NAVIDAD.
15. Los oficiales y suboficiales de las FUERZAS MILITARES al momento de liquidar la PENSIÓN DE INVALIDEZ si se les tiene en cuenta la duodécima parte de LA PRIMA DE NAVIDAD de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.
16. Mediante Oficio No.EXT-17-11972 del 09 de febrero de 2017 el demandante radicó DERECHO DE PETICION ante la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA solicitando el reconocimiento de la doceava parte de la PRIMA DE NAVIDAD su inclusión y pago.
17. Mediante Oficio No. OFI17-11775 MDNSGDAGPSAP del 20 de febrero de 2017 la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA – le negó el derecho al demandante el reconocimiento de la doceava parte de la PRIMA DE NAVIDAD su inclusión y pago.
18. El Demandante me confirió poder para representarlo.

**19. En servicio activo el demandante devengaba BONIFICACION DE ORDEN PUBLICO en un 25% del salario básico**

20. En la pensión de invalidez del demandante, no le fue incluido LA BONIFICACION DE ORDEN PUBLICO.
21. Mediante Oficio No.EXT-17-11972 del 09 de febrero de 2017 el demandante radicó DERECHO DE PETICION ante la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA, solicitando el reconocimiento, pago e inclusión la BONIFICACION ORDEN PÚBLICO en la pensión de invalidez.
22. Mediante Oficio No.OFI17-11775 MDNSGDAGPSAP del 20 de febrero de 2017 la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA le negó el derecho al demandante el reconocimiento de la BONIFICACIÓN ORDEN PÚBLICO su inclusión y pago en la pensión de invalidez.
23. El Demandante me confirió poder para representarlo.

**PRIMERO:** Se declare la **Nulidad** de la decisión tomada mediante oficio No. 20173170373651:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 08 de marzo de 2017, firmado por el Teniente Coronel Néstor Jaime Giraldo Giraldo –Oficial sección nómina, la cual negó el reajuste de la pensión de invalidez del demandante del cuarenta (40%) al sesenta (60%) por ciento y como consecuencia de la anterior declaración y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** se **CONDENE** a LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA al reconocimiento y pago a favor del DEMANDANTE el reconocimiento y pago del incremento del s.m.m.l.v. del 40% al 60% en la liquidación de la pensión de invalidez por indebida aplicación del inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

**SEGUNDO:** Se declare la **Nulidad** de la decisión tomada mediante oficio No. OFI17-11775 MDNSGDAGPSAP del 20 de febrero de 2017, firmado digitalmente por Lina María Torres Camargo - Coordinadora grupo prestaciones sociales-, la cual negó la inclusión y reliquidación de la PRIMA DE NAVIDAD en la pensión de invalidez del demandante y como consecuencia de la anterior declaración y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** se **CONDENE** a LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA al reconocimiento, pago e inclusión de la PRIMA DE NAVIDAD en la liquidación de la pensión de invalidez de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.

**TERCERO:** Se declare la **Nulidad** de la decisión tomada mediante oficio No. OFI17-11775 MDNSGDAGPSAP del 20 de febrero de 2017, firmado digitalmente por Lina María Torres Camargo - Coordinadora grupo prestaciones sociales-, la cual negó la inclusión y reliquidación de la BONIFICACIÓN DE ORDEN PÚBLICO en la pensión de invalidez del demandante y como consecuencia de la anterior declaración y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** se **CONDENE** a LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA al reconocimiento, pago e inclusión de la PRIMA DE NAVIDAD en la liquidación de la pensión de invalidez.

**CUARTO:** La aplicación de la prescripción cuatrienal desde la fecha de petición ante la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA.

**QUINTO:** El pago del capital, la indexación e interés de ley hasta la actualización del pago total de la obligación.

**SEXTO:** Condénase en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

- Condenase en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

**ACTO ADMINISTRATIVO A DEMANDAR**

**PRIMERO:** Oficio No. 20173170373651:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 08 de marzo de 2017 firmado por el Teniente Coronel Néstor Jaime Giraldo Giraldo –Oficial sección nómina-.

**SEGUNDO:** Oficio No. OFI17-11775 MDNSGDAGPSAP del 20 de febrero de 2017, firmado digitalmente por Lina María Torres Camargo - Coordinadora grupo prestaciones sociales-.

17  
21

**TERCERO:** Oficio No. OFI17-11775 MDNSGDAGPSAP del 20 de febrero de 2017, firmado digitalmente por Lina María Torres Camargo - Coordinadora grupo prestaciones sociales-

**AUDIENCIA DE CONCILIACION - REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD**

**No obligatoria**

**Por ser derechos "ciertos e indiscutibles" - Art. 53 C.N.**

La presente ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO no obliga a tramitar CONCILIACION como requisito de procedibilidad ante la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, como quiera, que el derecho del REAJUSTE del 40% al 60%, así como la inclusión de LA PRIMA DE NAVIDAD y de la PRIMA DE ORDEN PÚBLICO en LA PENSIÓN DE INVALIDEZ de los miembros de las fuerzas militares son derechos y tienen el carácter de CIERTOS, INDISCUTIBLES, IRRENUNCIABLES e IMPRESCRIPTIBLES, constituyen un derecho fundamental lo que hace que las pretensiones no sean conciliables y mediante el cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social en los términos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y en el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo:

*"Art. 48. "La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.*

*Art. 53. "...irrenunciabilidad a los derechos mínimos establecidos en las normas laborales.....garantía a la seguridad social.*

*El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periodo de las pensiones legales.*

*C.S. del T. Art. 14. Carácter de orden público. Irrenunciabilidad. "Las disposiciones legales que regulen el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables."*

*Reiteradas son los pronunciamientos de los Tribunales y del H. Consejo de Estado:*

- *TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCION SEGUNDA SUB-SECCION "C" Bogotá, D.C. once (11) de Febrero de dos mil diez (2010). Magistrado Ponente. Dr. ILVAR NELSON AREVALO PERICO. Expediente No. 09-00037. Demandante: INOCENCIO LOZANO BONILLA. Demandada: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.*

*"De conformidad con las normas anteriores, la asignación de retiro es una prestación con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, de carácter irrenunciable en los términos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política".*

- *HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A" en providencia de septiembre 1 de 2009, Acción de Tutela No. 2009-0817, actor. ISMAEL ENRIQUE MOLINA GUZMAN, accionado. Juzgado primero Administrativo de Ibagué y Tribunal Administrativo del Tolima, Consejero Ponente Doctor ALFONSO VARGAS RINCON.*

*"...Para efectos de decidir sobre el trámite de a conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es indispensable no perder de vista que son materia de conciliación, derechos que tengan el carácter de "inciertos e indiscutibles" estos son los autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito "...cuando los asuntos sean conciliables..."*

*En conclusión: no es obligatoria la audiencia de conciliación como requisito de*

procedibilidad para acceder a la jurisdicción contenciosa por cuanto los derechos fundamentales al REAJUSTE del 40% al 60%, la inclusión de LA DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD así como la BONIFICACIÓN DE ORDEN PÚBLICO en la PENSIÓN DE INVALIDEZ de los miembros de las fuerzas militares y en el especial de demandante son **CIERTOS, INDISCUTIBLES, IRRENUNCIABLES e IMPRESCRIPTIBLES** lo que constituyen un derecho fundamental lo que hace que las pretensiones no sean conciliables.

**NORMAS VIOLADAS Y EXPLICACIÓN DEL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

C.N Art. 2, 4, 6, 13, 29, 53 - Ley 4ª de 1992: Artículo 10 - Ley 131 de 1985, Decreto 4433 de 2004. Decretos 1793 y 1794 de 2000, Decreto 4433 de 2004.

**CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA**

**Artículo 2. Los Fines del Estado** ( . . ) "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"

(. .) "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"

**Art. 4. La Constitución es norma de normas.** "incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"

**Art. 6.**"Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

**Art. 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.

Art. 23. Derecho de Petición, Art. 29. Derecho al Debido Proceso.

**"ARTICULO 25.** El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

**ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, ..... irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.....

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

**Art. 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El Art. 138 del CPACA es el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO la cual se invoca en la nulidad del acto administrativo a demandar por ser de carácter PARTICULAR, por lo cual se invoca la causal del Art. 137 inciso 2:

**INFRACCION A LAS NORMAS QUE DEBERIAN FUNDARSE.**

Las normas de rango Constitucional citadas se vulneran de manera flagrante por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL al efectuar una liquidación de la PENSIÓN DE INVALIDEZ del demandante sin el REAJUSTE del 40% al 60%, la no inclusión de LA DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD ni de la PRIMA DE ORDEN PÚBLICO por una indebida interpretación de la norma vulnerando con ello los derechos establecidos en la Constitución Política.

**CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:**

1. EL REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DE SEPTIEMBRE 14 DE 2000, LIQUIDANDO EL S.M.M.L.V. MAS EL 40%, CUANDO LA NORMA ESTABLECE PARA LOS SOLDADOS QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL S.M.M.L.V. MAS EL 60%.

Mediante Decreto 1793 del 14 de Septiembre de 2000, se creó el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

El artículo 38 del citado Decreto 1793 de 2000, regula:

*“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 régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares fue establecido mediante el Decreto 1794 de Septiembre 14 de 2000 y en su artículo 1º prescribe:

*“Artículo 1º: **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%).**”*

Conforme la Ley 131 de 1985, Diario Oficial No. 37.295 de 31 de diciembre de 1985 a 31 de Diciembre de 2000, el demandante ostentaba la condición adquiriendo el derecho a devengar un s.m.m.l.v. incrementado en un 60%.

**“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 Decreto 4433 de 2004, artículo 13.2.1., establece los factores a computar para determinar el monto de la asignación por retiro y lo remite al Decreto 1794 de 2000 que dispone:

“Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.”

Esta norma resulta aplicable únicamente para aquellos soldados profesionales que se incorporaron a la Institución con posterioridad al año 2000, es decir, a la entrada en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 del 14 de Septiembre de 2000.

Luego al demandante, no se puede desconocer lo prescrito en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que regula:

“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%).**”

Las normas en cita se deben aplicar en consonancia con los principios Constitucionales a la igualdad, a la remuneración mínima, vital y móvil, y al respeto por los derechos adquiridos consagrados en los artículos 13, 53 y 58.

Decreto 1793 de 2000 Artículo 38, establece que se deben respetar los derechos adquiridos y atender lo dispuesto en la Ley 4 de 1992.

LIQUIDACION - CREMIL - 2013		
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente		\$589.500
SMMLV + 40% del SMMLV (Art. 16 del Dec. 4433/2004)	40%	\$ 235.800
<b>Salario liquidado para Asignación de retiro</b>		<b>\$ 825.300</b>

LIQUIDACION - PRIVADA - 2013		
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente		\$589.500
SMMLV + 60% del SMMLV (Art. 16 del Dec. 4433/2004)	60%	\$ 353.700
<b>SALARIO para liquidar Asignación de retiro</b>		<b>\$943.200</b>

Y conforme la jurisprudencia:

### SENTENCIA DE UNIFICACION DEL CONSEJO DE ESTADO

Mediante sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA – SALA PLENA - Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ - Cartagena, D.T. y C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001 Numero interno 3420-2015 - Actor: BENICIO ANTONIO CRUZ Demandados: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA - EJERCITO NACIONAL - Asunto: sentencia de unificación jurisprudencia CE-SUJ2 No. 003 de 2016 proferida en aplicación del artículo 271 de la ley 1437 de 2011. Tema: Con fundamento en el inciso 2 del artículo 1 del decreto reglamentario 1794 de 2000 Los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%.

2. En la RESOLUCION de liquidación de la pensión de invalidez del demandante no le fue incluido la DUODECIMA PARTE de la PRIMA DE NAVIDAD.

LA DUODÉCIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD

El reconocimiento, inclusión y pago de la duodécima parte de la prima de navidad, como prestación social corre la misma suerte que el subsidio familiar en favor del actor, toda vez que se debe aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis e inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Lo anterior, es violatoria del derecho a la igualdad material respecto de los demás miembros de las fuerzas: civiles, oficiales y suboficiales, que si se les reconoce la duodécima parte de la prima de navidad, en la asignación de retiro o pensión. Es de mencionar que el Decreto 1214 de 1990 reconoce a los civiles la duodécima parte de la prima de navidad en las pensiones. Siendo así, los soldados profesionales, los únicos servidores públicos del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL que se les discrimina salarialmente y no se les reconoce mencionada prestación en su pensión o asignación de retiro.

El no reconocimiento de derechos, a los soldados profesionales son formas de discriminación que vulneran los operadores judiciales de turno, a los mas débiles de la pirámide jerárquica militar, quienes cumplen un mandato al igual que todos los miembros de la fuerza pública conforme el Art. 216 y 217 constitucional.

De otra parte, solicito al señor Juez, si bien es cierto tiene en cuenta los principios rectores que rige en la actividad judicial, el de autonomía e independencia. Sin embargo, no debe perderse de vista que el juez de conocimiento al momento de resolver una controversia debe ampliar su estudio no sólo a los presupuestos planteados por las partes, sino que deben tener en cuenta los principios y derechos constitucionales que resulten aplicables a cada caso concreto, en aras de efectuar una debida administración de justicia.

Conforme la LEY 923 DE 2004, conforme el artículo 3, prescribe:

*3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. 3.10. la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán las entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes...*

*Artículo 5° Límites Legales, todo régimen pensional y/o de asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creara derechos adquiridos.*

*Según el contenido de esta parte de la Ley en mención la Caja de Retiro de las fuerzas Militares está aboliendo su propio tenor literal, al desconocer flagrantemente los principios de igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad; habida cuenta que si no se les paga la partida de Subsidio Familiar a los Soldados Profesionales, por obvia razón hay una desigualdad, una inequidad, una irresponsabilidad financiera al ver menguado su salario, no hay tangibilidad y mucho menos solidaridad entre los mismos miembros de las Fuerzas Militares.*

*También la relacionada Ley precisamente en el punto 2.1 del Artículo 2º manifiesta el respeto por los derechos adquiridos, que en todo caso se conservarán y respetarán junto con las garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expiden en desarrollo del sistema.*

Luego existe un trato diferenciado, entre los miembros de las Fuerzas Militares, esto es oficiales, suboficiales y soldados profesionales, sin razón alguna que lo justifique por cuanto:

- La prima de navidad para los soldados profesionales se les reconoce mientras se encuentren en servicio activo, pero para efectos de la liquidación de la asignación de

22  
25

retiro no se es tomada en cuenta como partida computable, en forma contraria para los oficiales y suboficiales, además de reconocerse en servicio activo si se es reconocida e incluida como factor de liquidación en su asignación de retiro.

- La prima de navidad es una prestación social que se reconoce a todos en servicio activo por igual, sin tener en cuenta el cargo que desempeñe, precisamente por encontrarse estructurado el imperativo de la normatividad legal para los miembros de las Fuerzas Militares, la cual no desaparece por el hecho de adquirir la calidad de retirado en los cargos de oficiales y suboficiales, sin embargo sí desaparece sólo para los cargos de soldado profesional, situación que deriva en reproche desde el punto de vista constitucional, por cuanto se trata de una prestación social precisamente establecida para el alivio de cargas económicas que se encuentran en una situación menos favorable, en este caso, los altos mandos la perciban mientras que los de rango inferior, esto es, los soldados profesionales.
- Así mismo, la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, "mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución de la Constitución" la cual establece como principios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro entre otros, el de igualdad y respeto a los derechos adquiridos.
- De forma tal que, el párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, viola el principio constitucional de igualdad así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, ya que, se advierte un trato diferenciado sin razón justificable alguna.

### BONIFICACION DE ORDEN PÚBLICO

Bien es cierto, que al actor se le canceló la BONIFICACION DE ORDEN PÚBLICO, tal y como está relacionado en la HOJA DE SERVICIOS hasta el momento del retiro conforme la norma, como quiera que recibió mencionada bonificación de orden público la cual constituyó un pago y ejecución de tracto sucesivo prestacional hasta la fecha de su retiro en servicio activo:

#### **DECRETO 1794 DE 2000**

*(septiembre 14)*

*"por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

*NO ESTABLECE LA BONIFICACION DE ORDEN PÚBLICO.*

**LA BONIFICACION DE ORDEN PÚBLICO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES SE ESTABLECIO DE ACUERDO A LAS ZONAS DE ORDEN PÚBLICO Y LAS CONDICIONES DETERMINADAS, A TRAVÉS DE LOS DECRETOS EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL:**

- Decreto 1017 de 2013, art. 28.
- Decreto 187 de 2014, art. 28
- Decreto 1028 de 2015, art. 28
- Decreto 214 de 2016, art. 28
- Decreto 984 de 2017, art. 28

23

“ARTÍCULO 28. Los soldados profesionales y los soldados profesionales distinguidos como dragoneantes de las Fuerzas Militares percibirán una bonificación mensual de orden público equivalente al veinticinco por ciento (25%) de su asignación básica mensual. **Esta bonificación no constituye factor salarial para ningún efecto legal.** Para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación mensual de orden público a que se refiere este artículo, se tendrán en cuenta las mismas zonas de orden público y las mismas condiciones determinadas por el Ministerio de Defensa Nacional para el reconocimiento de la prima de orden público del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”.

Respecto del **Decreto 4433 Art. 13** de 2004, establece:

**“Artículo 13.** Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

.....

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

**Parágrafo.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, **ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales”**

Como quiera que las normas antes mencionadas determinan que la referida BONIFICACION DE ORDEN PUBLICO no constituye factor salarial para ningún efecto legal.

**“Esta bonificación no constituye factor salarial para ningún efecto legal.”**

**Así como también: “ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales”**

De conformidad con el art. 150 numeral 19 literal e, el Congreso expidió la ley 4 de 1992, que contiene los objetivos y criterios conforme a los cuales el Gobierno debe determinar el régimen salarial y prestacional de los aludidos servidores públicos. Es así como dicha ley, en el artículo 1°, establece lo siguiente:

**“El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:**

.....

d) Los miembros de la Fuerza Pública".

Y en los artículos 2º y 4º, en su orden, se determinan los objetivos y criterios que han de ser tenidos en cuenta para la fijación de dicho régimen, entre otros, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado y la prohibición de "desmejorar sus salarios y prestaciones sociales", así como la obligación perentoria del Gobierno de modificar anualmente el sistema salarial de éstos.

### REGIMEN ESPECIAL DE LA FUERZA PUBLICA

Mediante **Sentencia C-432/04 LEY MARCO - Fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública. FUERZA PUBLICA-Derecho a un régimen prestacional especial**

La Corte ha reconocido que con fundamento en los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, los miembros de la fuerza pública tienen derecho a un régimen prestacional especial, en razón al riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan. Es claro que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no sólo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto.

### ASIGNACION DE RETIRO PARA LA FUERZA PUBLICA-Naturaleza prestacional

No existe duda alguna en relación con la naturaleza prestacional de la asignación de retiro. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

### DEBER CONSTITUCIONAL DEL ESTADO <sup>1</sup>

Conservar el poder adquisitivo del salario, y de asegurar su incremento teniendo en cuenta la necesidad de asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitan asegurar un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia.

En efecto, la exigencia de dicho deber surge:

- i) de la necesidad de asegurar un orden social y económico justo (preámbulo);
- ii) de la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho, fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad y de la consagración del trabajo como valor, derecho subjetivo y deber social (art. 1);

<sup>1</sup> Sentencia T-276/97

- 25  
29
- iii) *del fin que se atribuye al Estado de promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (arts. 2, 334 y 366);*
  - iv) *del principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (art. 13);*
  - v) *de la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (art. 53);*
  - vi) *del reconocimiento de un tratamiento remuneratorio igual tanto para los trabajadores activos como para los pasivos o pensionados (arts. 48, inciso final y 53, inciso 2);*
  - vii) *del deber del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334) y*
  - viii) *de la prohibición al Gobierno de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, entre los cuales se encuentra naturalmente el salario, durante el estado de emergencia económica, lo cual indica que en tiempo de normalidad mucho menos puede disminuir los referidos derechos."*

#### EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL

**La Corte Constitucional en sentencia T-248 de 2008 señaló lo siguiente:**

*"De acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Así, este principio opera no solo en los casos en que existe controversia respecto de la aplicación de dos normas, sino incluso en aquellos escenarios en los que existe una sola norma que admite diversas interpretaciones.*

*Sobre el particular **la Corte Constitucional** ha señalado lo siguiente:*

*"...el principio de la **"condición más beneficiosa"** se complementa con el de favorabilidad, consagrado expresamente en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, para ampliar el espectro de protección de los derechos del trabajador. De acuerdo con el último en mención, frente a la interpretación disonante de una o varias normas que regulan de manera diferente el mismo supuesto de hecho, el operador jurídico está obligado a acoger la más favorable a los intereses del trabajador. Así, a juicio de la Corte, 'la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...'"*

*Esta Corporación, en **Sentencia T-545 de 2004**, profundizó sobre los elementos del principio de favorabilidad, cuales son: i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y, ii) la noción de interpretaciones concurrentes.*

*Sobre el primer elemento, la Corte, en dicha providencia, señaló que la duda que se presenta respecto de la aplicación o interpretación de una norma laboral debe ser seria y objetiva, de suerte que no resulta admisible el desplazamiento de una interpretación*

consolidada para dar prevalencia a otra débilmente emergente que, para el caso, resulte más favorable al trabajador.

De igual forma, la sentencia aludida, precisó que la seriedad y objetividad de la duda están en función de la razonabilidad de las argumentaciones, esto es, de su fundamentación y solidez jurídica, a la vez que destacó unos criterios que permiten identificar una interpretación como razonable, a saber: i) La correcta fundamentación jurídica de las interpretaciones, que comporta la adecuación al marco normativo respectivo y a la interpretación autorizada de las normas constitucionales; ii) La aplicación administrativa y judicial reiterada;

y iii) La correcta argumentación jurídica, de manera que se proscriba la arbitrariedad del operador jurídico.

Respecto del segundo elemento, la providencia bajo estudio estableció que las interpretaciones que generan duda, además de serias, objetivas y razonables, deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.

Así, puede concluirse, a la luz de lo expuesto en la **Sentencia T-545 de 2004**, que el operador jurídico, en desarrollo del principio de favorabilidad, deberá elegir de entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables y que ofrezcan un motivo de duda serio y objetivo, la que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador."

#### INAPLICACION POR EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Se debe inaplicar por excepción de inconstitucionalidad fundamentada en el Art. 4 de la Constitución Política de 1991 los decretos:

- Decreto 1017 de 2013, art. 28.
- Decreto 187 de 2014, art. 28
- Decreto 1028 de 2015, art. 28
- Decreto 214 de 2016, art. 28
- Decreto 984 de 2017, art. 28
- Decreto 4433 de 2004, Art. 13 - 13.2.2. párrafo.

Toda vez que mencionados decretos son inconstitucionales a lo prescrito en el **art. 2. Literal a de la ley 4 de 1992**: a. *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. "En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;"*.

Y al no incluir la bonificación de orden público como **partida computable en la asignación de retiro** se le está desmejorando las prestaciones sociales en la asignación de retiro del actor. Postulado contrario al mandato de la ley 2 de 1992, motivo por el cual es inconstitucional a las luces del art. 4, 13, 25, 53, 93, 150 y 189 de la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992.

Lo anterior, ratificado con base en el art. 4 de la C.N. y el CONVENIO C- 095 de la O.I.T. y la sentencia acorde a la materia.

**C095 - CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DEL SALARIO, 1949 (NÚM. 95)**  
**CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL SALARIO (ENTRADA EN VIGOR: 24 SEPTIEMBRE 1952) ADOPCIÓN: GINEBRA, 32ª REUNIÓN CIT (01 JULIO 1949)**

Artículo 1

A los efectos del presente Convenio, el término **salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar

.....  
**Sentencia SU-599 de 1.995**

Magistrado Ponente Dr Fabio Morón Díaz

"Las personas nacen iguales ante la ley y no puede haber discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; esta enumeración hecha por el artículo 13 C.P., no es taxativa y, tratándose de aspectos relativos al trabajo, el artículo 53 ibídem reitera que debe haber 'igualdad de oportunidades para los trabajadores'. La Corte en sentencia C-071/93 dijo que este principio aplicable al trabajo 'es una especie del principio genérico de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución'.

Por eso, al referirse al derecho al trabajo la sentencia C-71/92 indicó:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la ley 22 de 1967 y ratificado en 1969- relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: 'los Convenios Internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna', cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental"

**Sentencia SU.995/99**

Magistrado Ponente Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

**"SALARIO**-Concepto y objeto

**SALARIO**-Noción en términos de la OIT

**SALARIO**-Sumas que deben integrarse para efectos del significado y pago oportuno

Para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado. Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho.

**NORMA DEMANDADA : DECRETO 4050 DE 2008 (22 DE OCTUBRE) – ARTICULO 8, GOBIERNO NACIONAL (NULO PARCIAL) CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil quince (2015)-**

BT 27

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00067-00(0192-11) Actor: SINDICATO NACIONAL DE EMPLEADOS DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "SINEDIAN" Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

"Conoce la Sala en única instancia del proceso de nulidad instaurado por el Sindicato Nacional de Empleados Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales SINEDIAN con el fin de obtener la nulidad de las frases " **no constituirá factor salarial para ningún efecto**" y "de la planta de personal" contenidas en el artículo 8 del Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008 por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."

**"ARTÍCULO 8o. INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL.** Los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

**Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal**

.....  
**"CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución Política al establecer que el incentivo de desempeño grupal **no constituye factor salarial** y si al estar dirigido solo a los empleados de la planta de personal de la DIAN el ejecutivo vulneró los derechos fundamentales invocados como violados en la demanda.".....

Así las cosas, el estudio que se abordará en este escenario será de cara a la Constitución Política, en atención a los argumentos esbozados por la parte actora en la demanda. En razón a ello, la excepción propuesta no puede prosperar y en consecuencia se estudiará de fondo el asunto, en relación con las acepciones "de la planta de personal" y "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal"

.....  
Con base en los anteriores postulados, resulta válido afirmar que el referido incentivo tiene naturaleza salarial, toda vez que se creó para retribuir directamente los servicios del trabajador y no para cubrir una contingencia a la que pudiera verse sometido. Ahora, como el Gobierno Nacional creó este incentivo sin carácter salarial para un grupo de servidores de la DIAN, conviene examinar los alcances de esta figura dentro del contexto jurídico de la función pública conforme al régimen que lo ha regulado antes de la expedición de la Carta de 1991 y después de la misma, a fin de descubrir con la mayor claridad posible la estructura de la figura, dado que ella hace parte del universo jurídico plasmado en la Ley 4ª de 1992.

Para ello es viable remitirse a lo que en sentencia 2 de abril de 2009 Exp. No. 11001-03-25-000-2007-00098- 00 (1831-07) Actor: Luis Esmeldy Patiño, se dijo:

“Lo primero que hay que registrar es que conforme al Acto Legislativo surgido del Plebiscito de 1957 (artículo 5º), la función pública quedó vinculada a la carrera administrativa como sistema de acceso y permanencia en el servicio público, es por eso que fue expedida la Ley 19 de 1958, para facilitar un modelo técnico en la clasificación de los empleados públicos que serviría de guía principal para establecer entre otros aspectos, la remuneración de los servidores públicos conforme a los deberes del empleo, la responsabilidad y los requisitos mínimos para la designación; sin embargo, fue solo hasta la conocida reforma constitucional de 1968, que posibilitó la expedición de la Ley 65 de 1967, base normativa para la modernización de la regulación técnica de la función pública, de ahí se derivan los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, 3135 del mismo año y 3148 que lo adiciona, donde surge con regularidad un particular fenómeno jurídico en la remuneración de los empleados del Estado ordinariamente mencionado bajo el título de “primas”, para significar invariablemente, un agregado en su ingreso laboral en ocasiones de naturaleza prestacional y en otras de carácter salarial, o como simple bonificación, pero en todo caso con la constante de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral.

En lo específico de la figura tomada en su aspecto salarial, el Decreto 1042 de 1968, contenido de la clasificación y remuneración de los cargos para los empleos públicos, la noción de “prima” como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.

Por consiguiente, la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, **opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público.**” (El destacado es de la Sala)

Posteriormente, con la expedición de la Carta Fundamental de 1991, el concepto mantiene identidad funcional con la manera como el régimen jurídico anterior se refirió a las primas para sobre su estructura representar básicamente un incremento a la remuneración; propiamente es posible reconocer que la Ley 4ª de 1992, retomó los elementos axiológicos de la noción, de manera que volvió a mencionar el concepto de prima como un fenómeno complementario de adición a la remuneración de los servidores públicos, tal como efectivamente quedó consagrado en los artículos 14 y 15 de dicha codificación; de forma que el entendimiento del concepto en vigencia del sistema de remuneración de los servidores públicos, luego de la Carta de 1991 y conforme a su ley marco, sigue situándose como un incremento, un “plus” para añadir el valor del ingreso laboral del servidor.

Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado en la

remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2° del artículo 53 de la Constitución Política - , todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, **atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio.** Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las "primas" en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente."

Lo anteriormente transcrito permite concluir que dentro del régimen jurídico anterior a la Carta Política como en el transcurrir de esta, el concepto de prima, **entendido como tal cualquier "incentivo" que se le dé a un trabajador de manera habitual y como contraprestación de su labor,** como ocurre en este caso, debe significar ineludiblemente un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público, que no puede desconocerse ni desnaturalizarse cercenándole el carácter de factor salarial.

Teniendo en cuenta entonces que la naturaleza del "incentivo" en estudio es netamente salarial y que la misma la recibe el empleado público de la planta de personal de la DIAN de manera habitual, periódica y como contraprestación directa de su despliegue laboral, para la Sala resulta claro que el Ejecutivo al expedir el decreto demandado desbordó su poder, por cuanto bajo la apariencia de un "incentivo", que como su nombre lo dice pretende estimular al empleado con una retribución económica "adicional", desmejoró el salario de los empleados pertenecientes a la entidad aludida.

Así las cosas el Ejecutivo al establecer que este 26%, como rubro máximo a devengar por medio de este incentivo, **no constituye factor salarial, lo que en realidad hace es despojar de efectos salariales a dicho porcentaje, con lo que de contera disminuye el monto de las prestaciones sociales.**

Y es que ha sido reiterativa la postura que esta Corporación ha tenido respecto del artículo 127 del C.S.T. en el sentido de que **"Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte..."**

Bajo ese entendido, el mentado "incentivo" que acá se analiza no tiene causa distinta a la del servicio que presta el funcionario e indudablemente es factor salarial, lo que hace forzoso concluir que restarle esa categorización a dicho emolumento y despojar ese porcentaje del salario, sería tanto como desmejorar en sus condiciones laborales a los servidores que devengan tal suma de dinero sin que la misma haga parte del salario.

Por ello, el "incentivo" en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales .

No sobra recordar que la Ley 4ª de 1992 materializó el literal e.) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, que contiene criterios para fijar el régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, miembros del Congreso y la Fuerza Pública disponiendo en su artículo 2o. una prohibición al Gobierno Nacional a desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala declarará la nulidad de la expresión "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y", de conformidad con lo expuesto en precedencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

.....

**SEGUNDO.- DECLÁRASE LA NULIDAD** de la expresión "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En este orden de ideas, LA BONIFICACION DE LA PRIMA DE ORDEN PUBLICO del actor se debe incluir en la pensión de invalidez como factor salarial para todo efecto legal.

Por lo anterior, muy respetuosamente solicito se REVOQUE el fallo de primera instancia, y en su efecto se falle favorablemente la pretensión negada, de conformidad con los artículos 4 Constitucional y CONVENIO C-095 de la O.I.T., aunado con los reiterados precedentes jurisprudenciales del Consejo de ESTADO.

**En conclusión:** Al actor, en su pensión de invalidez, le asiste el derecho a que se le REAJUSTE el salario mínimo más el 60%, el reconocimiento, pago e inclusión del SUBSIDIO FAMILIAR así como el reconocimiento pago e inclusión de la 1/12 PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD en su pensión de invalidez, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, toda vez que su no inclusión vulnera con ello su MINIMO VITAL y demás derechos conexos fundamentales Constitucionales y en los tratados internacionales de la OIT ratificados por Colombia.

En conclusión:

Al demandante en su pensión de invalidez, le asiste el derecho a que se le REAJUSTE del 40% al 60%, así como la inclusión de la DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD y de la BONIFICACIÓN DE ORDEN PÚBLICO que por una indebida interpretación de la norma e infracción a las normas que deberían fundarse se vulnera con ello su MINIMO VITAL y demás derechos conexos fundamentales establecidos en la Constitución Política.

**ULTIMA UBICACIÓN GEOGRAFICA LABORAL**

El demandante prestó sus últimos servicios laborales en Popayán Departamento de Cauca según Hoja de Servicios No.3-76258584 del 23 de agosto de 2010 firmada por el Coronel Carlos Humberto Bedoya Ospina –Director personal Ejército.

**MEDIO DE CONTROL – COMPETENCIA - PROCEDIMIENTO**

**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Art. 138 LEY 1437 de 2011.

**COMPETENCIA:** Art. 155 numeral 3 ley 1437 de 2011, el Juzgado Administrativo – reparto es competente para conocer de este proceso por la naturaleza del litigio, por cuanto allí es en donde el demandante tuvo su ultimo sitio laboral.

**ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTIA**

Para efectos de la estimación de la cuantía se toma la pretensión mayor liquidada al momento de presentar la demanda, así:

**a. REAJUSTE del 40% al 60%.**

AÑO	SMMLV	MDN		PRIVADA		20% DIFEREN. MENSUAL	MESADAS	TOTAL
		40% DEL SMMLV	SALARIO MENSUAL	60% DEL SMMLV	SALARIO MENSUAL			
2014	\$ 616.000	\$ 246.400	\$ 862.400	\$ 369.600	\$ 985.600 <sup>u</sup>	\$ 123.200	6	\$ 739.200
2015	\$ 644.350	\$ 257.740	\$ 902.090	\$ 386.610	\$ 1.030.960	\$ 128.870	14	\$ 1.804.180
2016	\$ 689.455	\$ 275.782	\$ 965.237	\$ 413.673	\$ 1.103.128	\$ 137.891	14,0	\$ 1.930.474
2017	\$ 737.700	\$ 295.080	\$ 1.032.780	\$ 442.620	\$ 1.180.320	\$ 147.540	8	\$ 1.180.320
		\$ 5.654.174 equivale		7,66 s.m.m.l.v				\$ 5.654.174

**b. Inclusión DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD**

**PRIMA DE NAVIDAD**

AÑO	SMMLV	60% DEL SMMLV	SALARIO MENSUAL	1/12 PRIMA DE NAVIDAD	MESADAS	TOTAL
2014	\$ 616.000	\$ 369.600	\$ 985.600	\$ 82.133	6	\$ 492.798
2015	\$ 644.350	\$ 386.610	\$ 1.030.960	\$ 85.913	14	\$ 1.202.787
2016	\$ 689.455	\$ 413.673	\$ 1.103.128	\$ 91.927	14,0	\$ 1.286.978
2017	\$ 737.700	\$ 442.620	\$ 1.180.320	\$ 98.360	8,0	\$ 786.880
		\$ 3.769.443 equivale		5 s.m.m.l.v		\$ 3.769.443

**c. BONIFICACIÓN DE ORDEN PÚBLICO**

ORDEN PUBLICO

AÑO	PRIVADA 70%	CREMIL 70%	25%	MESADAS	TOTAL \$
2014	\$ 935.704	\$ 836.097	\$ 233.926	6	\$ 1.403.556
2015	\$ 978.746	\$ 874.557	\$ 244.687	14	\$ 3.425.611
2016	\$ 1.026.250	\$ 910.240	\$ 256.563	14	\$ 3.591.875
2017	\$ 1.132.450	\$ 910.240	\$ 283.113	8	\$ 2.264.900
			14.72	s.m.m.l.v.	<b>\$ 10.685.942</b>

**PROCEDIMIENTO:** Ordinario Art. 179 ley 1437 de 2011.

**PRUEBAS**

1. HOJA DE SERVICIOS No.3-76258584 del 23 de agosto de 2010 firmada por el Coronel Carlos Humberto Bedoya Ospina –Director personal Ejército.
2. Certificado de TIEMPO de SERVICIOS del 12 de septiembre de 2016 firmado por el Teniente Coronel Mario Geovanni Contreras Guineme –Oficial sección atención al usuario DIPER.
3. Original DERECHO DE PETICION 28 de septiembre de 2016
4. Original DERECHO DE PETICION con radicado EXT-17-11972 del 09 de febrero de 2017.
5. Original RESPUESTA No. Oficio No. OFI17-11775 MDNSGDAGPSAP del 20 de febrero de 2017, firmado digitalmente por Lina María Torres Camargo - Coordinadora grupo prestaciones sociales-
6. Original RESPUESTA No. 20173170373651:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 08 de marzo de 2017.
7. Comprobante de pago correspondiente a la nómina de junio de 20100
8. Comprobantes de pago de la Prima de navidad correspondiente a la nómina de Noviembre de 2008 y Noviembre de 2009 (por 12 meses)
9. Certificación laboral de ubicación geográfica, según Hoja de Servicios No.3-76258584 del 23 de agosto de 2010 firmada por el Coronel Carlos Humberto Bedoya Ospina – Director personal Ejército.
10. Fotocopia Autentica Resolución de la pensión de invalidez No. 4432 del 03 de diciembre de 2010 ( 03 folios).

**ANEXOS**

- Poder para actuar
- Original para el DESPACHO, copias para ARCHIVO.
- OFICINA DE DEFENSA JURIDICA DE LA NACION, MINISTERIO PUBLICO
- CD. contenido demanda y anexos en PDF.

**NOTIFICACIONES**

**DEMANDADA: DEMANDADA: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL** representada legalmente por el señor Ministro LUIS CARLOS VILLEGAS o quien haga sus veces.

Carrera 54 No. 26- 25 CAN - Bogotá D.C. PBX: 57-1-3150111 - 018000111324

- [www.mindefensa.gov.co](http://www.mindefensa.gov.co)
- E.mail: [notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co](mailto:notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co)

**DEMANDANTE: DIEGO ESPINOSA VALDÉS**

Dir. Not.: Calle 19 Sur No.10 B-13 Este Barrio San Cristóbal Sur (Bogotá D.C.,)

**APODERADO DEL DEMANDANTE: EDIL MAURICIO BELTRAN PARDO**

Carrera 13 No. 27 - 00 Edificio "BOCHICA" Oficina 921 en Bogotá D.C.

Tel: 5606904

e. mail: [mybeabogados@gmail.com](mailto:mybeabogados@gmail.com)

– [julpi2003@yahoo.es](mailto:julpi2003@yahoo.es)

**MINISTERIO PÚBLICO:** Procuraduría General de la Nación. Tel.0984352010 ext.78100  
[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co) - e.mail: [dcap@procuraduria.gov.co](mailto:dcap@procuraduria.gov.co) - Carrera 5 No. 15 – 60 en Bogotá, D.C.

**AGENCIA JURIDICA DE DEFENSA JUDICIAL DEL ESTADO** - Carrera 7 No. 75 - 66 piso 2 en Bogotá, D.C. - [www.mij.gov.co](http://www.mij.gov.co) - e. mail: [buzonjudicial@defensajudicial.gov.co](mailto:buzonjudicial@defensajudicial.gov.co)  
CONMUTADOR: 2558955 FAX: 2558933

Solicito muy respetuosamente al señor Juez reconocermé personería para actuar.

Cordialmente:



**EDIL MAURICIO BELTRAN PARDO**

C.C. No. 91'133.429, expedida en Cimitarra – Santander

T. P. No. 166414 del C. S. de la J.