

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.111

Bogotá D.C., 22 noviembre de 2021.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicado: 110013335-017-2020-00238-00¹

Demandante: Jhon Jaiber Esparza Yate.

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Tema: Reajuste del 20% en el salario básico mensual y reconocimiento y pago de la prima de actividad a soldado profesional.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones principales: Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad al accionante.

Pretensiones subsidiarias: (i) En caso de no prosperar, la nulidad, de acuerdo a lo señalado por la ley 1437 de 2011, 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. (ii) 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, de acuerdo al concepto de violación. (iii) En caso de existir acto administrativo físico se declare su nulidad.

A título de restablecimiento del derecho:

.- Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor del demandante, de la diferencia salarial del 20% dejada de percibir, por el no pago, a título de Salario Básico Mensual, conforme Ley 131 de 1985 y el decreto 1794 de 2000.

.- Se condene a la parte demandada, al reconocimiento y pago, a favor del demandante, de la prima de actividad, de acuerdo a las normas vigentes.

.- La prima de actividad sea pagada y liquidada de acuerdo a los porcentajes establecidos para oficiales y suboficiales según las normas vigentes.

.- Se condene a la parte demandada a realizar la reliquidación de todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, así como los que no lo son, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%, para la parte actora.

.- Se condene a la parte demandada a realizar dicho pago desde el año en que el accionante ingresó al Ejército Nacional, hasta el pago real y efectivo de la presente sentencia, con intereses y con I.P.C.

.- Se condene a la entidad demandada el pago de agencias en derecho, costas procesales y gastos.

¹ notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co notificaciones@wyplawyers.com yacksonabogado@outlook.com ximenarias0807@gmail.com

.- Se condene a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo señalado en el artículo 192 de C.P.A.C.A y subsiguiente.

Hechos:

- 1.- El señor Jhon Jaiber Esparza Yate, ingresó al Ejército Nacional, como soldado profesional, a través de orden administrativa 01009 del 20 de enero de 2003. (Fl.03-04 del PDF "28Pruebas").
- 2.- El día 31 de agosto de 2018, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial equivalente al 20% y la prima de actividad (Fl.15 del PDF "02Demanda").
- 3.- La entidad accionada guardó silencio.

Tesis del Demandante: Considera vulnerados el preámbulo y los Arts. 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93,94, 125, 217 de la Constitución. De la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Arts. 1, 2, 23 y 24; de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el Art. 7 de la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, el Art. 24, de la Declaración Universal De Derechos Humanos, el Art. 7, de la Ley 1437 de 2011, el Art. 134 y de carácter jurisprudencial el proceso radicado bajo No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-2010 Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Magistrado Ponente: César Palomino Cortés.

Tras efectuar un recuento jurisprudencial referente a los derechos laborales y prestacionales de los soldados en distintos ámbitos, afirma que el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo por haber sido expedido con infracción a las normas en que debería fundarse como quiera que la omisión al reconocimiento del 20% dejado de percibir en el salario básico mensual así como la prima de actividad, atenta contra el derecho a la igualdad de los soldados profesionales que no fueron soldados voluntarios "Soldados profesionales puros" con los que si fueron voluntarios conforme la Ley 131 de 1985 en atención a que sin justificación o criterio objetivo válido da un trato desigual y discriminatorio entre las dos categorías de soldado referenciadas pues en las mismas no existe diferencia en las funciones y actividades a desempeñar contraviéndose además el principio de "a trabajo igual, salario igual" que gobierna las relaciones laborales.

Respecto a la prima de actividad afirma que el trato discriminatorio se genera desde la comparativa de los Oficiales y Suboficiales con los Soldados Profesionales, pues a pesar de no tener la misma jerarquía de mando, todos son miembros de las Fuerzas Militares, debiendo recibir un trato igual. Afirma que los Soldados Profesionales como el demandante, cumplen el presupuesto de hecho de la norma que establece la prima de actividad que es "estar en actividad" y como resultado tienen derecho a la consecuencia jurídica de la norma que dicta que "tendrá derecho a una prima de actividad".

Tesis de la Demandada: Considera que las pretensiones deben ser despachadas desfavorablemente como quiera que el accionante nunca ostentó la calidad de soldado voluntario, pues ingresó directamente a la fuerza como soldado profesional, por lo que le son aplicables las disposiciones establecidas en los Decretos 1793 y 1794 del 2000. Que al actor nunca se le ha vulnerado su derecho a la igualdad, pues al establecerse la categoría de soldado profesional, con sus distintos requisitos y funciones, desapareció de ordenamiento el denominado soldado voluntario. Finalmente considera que la prima de actividad, no es un emolumento reconocido legalmente a los soldados profesionales por lo que la entidad accionada no se encuentra en la obligación de reconocerlo.

Identificación de lo acto enjuiciado: Se pretende la nulidad del acto administrativo ficto o presunto surgido como consecuencia de la petición radicada por el accionante el día 31 de agosto de 2018, mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial equivalente al 20% y la prima de actividad.

Problema Jurídico: Establecer si el demandante como soldado profesional tiene derecho a que se le reconozca la diferencia salarial del 20% conforme Ley 131 de 1985 a pesar de no ingresar como soldado voluntario por violación al principio de igualdad y, al reconocimiento y pago de la prima de actividad reconocida a los oficiales en términos del decreto 4433 de 2004.

Solución al Problema Jurídico: Se negarán las pretensiones por las siguientes razones:

.- Respecto al reconocimiento del reajuste salarial del 20% en la asignación básica mensual del demandante, se probó que su vinculación como soldado profesional, se materializó el 22 de octubre de 2001, es decir, en vigencia del Decreto 1793 del 2000, sin haber sido soldado voluntario, por lo que conforme lo ha indicado el H. Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, la asignación salarial mensual es de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y no se viola del derecho a la igualdad puesto que dichos soldados nunca ejercieron como soldados voluntarios luego no ingresaron bajo las mismas condiciones que ellos, de ahí la diferencia salarial que se les predica, de otra parte la simple manifestación por parte del libelista de la posible transgresión del derecho a la igualdad, no resulta suficiente para que el juez estudie si la norma comporta un trato discriminatorio, pues el esfuerzo argumentativo se torna más exigente cuando lo que se quiere es concluir que una medida es irrazonable y desproporcionada.

b. De otra parte respecto de la prima de actividad solicitada, esta será negada considerando que el régimen salarial que gobierna al actor no contempla el reconocimiento y pago de tal prima, lo que no implica la violación al derecho de igualdad, puesto que dichos soldados no tienen el mismo nivel de jerárquico, ni desempeñan las mismas funciones que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Del reajuste del 20% en el salario básico mensual del soldado profesional: Sea lo primero indicar que con la expedición de la Ley 131 de 1985 se reguló el servicio militar voluntario en Colombia, señalando en el artículo 4º que los soldados voluntarios devengarían una contraprestación por sus servicios, denominada bonificación mensual, la cual sería equivalente a un salario mínimo vigente incrementado en un 60%, así:

“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.” (Subraya el Juzgado).

Posteriormente, con el ánimo de profesionalizar la carrera militar, el Gobierno Nacional en uso de las facultades otorgadas por la Ley 578 de 2000, profirió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en donde se dispuso que quienes se encontraran vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, podrían incorporarse como soldados profesionales a partir del 01 de enero de 2001 y una vez incorporados les sería aplicable íntegramente lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000.

Los artículos del Decreto 1793 de 2000 que atañen a la situación descrita son los siguientes:

“ARTÍCULO 3. INCORPORACION. La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional. (...)

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.

PARAGRAFO. 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. (...)

ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.” (Subraya fuera del texto original)

Sin embargo, el Decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, con el ánimo de respetar los derechos adquiridos de quienes se encontraban vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre del 2000, dispuso:

“ARTICULO 1º. ASIGNACION 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%). (Se destaca).

A través de las Órdenes Administrativas de Personal Nos. 1241 del 20 de enero de 2001 y 1175 del 20 de octubre de 2003, el Ministerio de Defensa Nacional incorporó masivamente a los soldados voluntarios al régimen de carrera de los soldados profesionales, a partir del 1º de noviembre de 2003.

Sobre la interpretación de dicho artículo, el 25 de agosto de 2016, el H. Consejo de Estado en SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, con ponencia de la Dra. Sandra Lisette Ibarra Vélez², señaló que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, bajo el siguiente tenor literal:

“Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ sentencia de veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: CE-SUJ2 5001333300220130006001 (3420-2015), Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL.

percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devenguen los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.” (Subrayado del Despacho).

Así las cosas, de los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos en precedencia es del caso concluir, que los soldados profesionales que se encontraban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que su asignación básica sea el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, y no en un 40% como corresponde a quienes no ostentaron la calidad de voluntarios, sino que fueron vinculados directamente a la fuerza como soldados profesionales.

Por otra parte se precisa que no se presentaba vulneración al derecho a la igualdad al coexistir regímenes salariales y prestacionales diferentes para los soldados voluntarios hoy profesionales y los soldados profesionales vinculados con posterioridad porque entre otras razones no se trata de sujetos que se encuentren en las mismas situaciones, toda vez que si bien son personas vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, la normativa regula situaciones de hecho claramente diferentes; las normas parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial sin que ello constituya de manera alguna una discriminación, porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil.

Del reconocimiento y pago de la Prima de Actividad para los Soldados Profesionales: El artículo 13 de la Constitución Política, regula la igualdad frente a la ley, que todas las personas deben tener de recibir el mismo trato y protección de las autoridades, sin ser discriminadas por sexo, raza, religión, opinión política o filosófica.

Según la Corte Constitucional, con fundamento en la no discriminación, la ley no puede fijar condiciones distintas a algunos sectores de la población sin una justificación objetiva y razonable o que no tenga una relación de proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que esta persigue³.

El ordenamiento constitucional solamente admite tratos diferenciados, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) si la medida apunta a un fin constitucionalmente válido, b) si el trato es

³ Sentencia C-339 de 1996 M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez

necesario o indispensable y c) si realizado el test de proporcionalidad en estricto sentido, se encuentra que no se sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial⁴.

De igual forma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado que *“para que se configure un cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, no basta con que el actor manifieste que las disposiciones acusadas establecen un trato diferenciado para ciertas personas y que ello es contrario al artículo 13 de la Constitución, sino que debe expresar, además, las razones por las cuales considera que tal diferencia de trato resulta discriminatoria”*⁵.

En este sentido, la simple manifestación por parte del libelista de la posible transgresión del derecho a la igualdad, no resulta suficiente para que el juez constitucional estudie si la norma comporta un trato discriminatorio, pues el esfuerzo argumentativo se torna más exigente cuando lo que se quiere es concluir que una medida es irrazonable y desproporcionada.

Quien alega el desconocimiento de la cláusula de igualdad inserta en el texto constitucional, debe estructurar una argumentación que induzca al juzgador a evidenciar la existencia de un trato diferente a dos o más grupos de personas, que no encuentra justificación alguna en el ordenamiento jurídico.

Caso concreto:

Sobre el reajuste del 20% en el salario básico mensual: ¿El demandante tiene derecho a que la Entidad demandada le reliquide su asignación mensual y sus prestaciones sociales devengadas en actividad, tomando como partida computable un salario mínimo incrementado en un 60%, en los términos del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, o por el contrario, el acto administrativo acusado que negó esta pretensión se encuentra ajustado a derecho?

Conforme los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos en precedencia es del caso concluir, que los soldados profesionales que se encontraban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que su asignación básica sea el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, y no en un 40%, contrario a eso, quienes se incorporaron directamente como soldados profesionales, tendrán derecho a una asignación mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en un 40%, conforme lo dispone el primer inciso del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Teniendo en cuenta que el señor Jhon Jaiber Esparza Yate, tal y como se indicó en los hechos de la demanda, ingresó al Ejército Nacional a partir del 20 de enero de 2003, en calidad de soldado profesional, lo cual es corroborado con la Orden Administrativa 01009 (FI.03-04 del PDF “28Pruebas”) y con los mismos hechos relatados por la parte actora en el libelo demandatorio, deberá indicar esta instancia judicial, que la pretensión orientada a reajustar su asignación básica en un 20% representado por la diferencia entre el monto reconocido (salario mínimo incrementado en 40%) y el monto regulado por el art. 1º inciso 2º del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en el 60%), será despachada desfavorablemente, habida consideración que el actor nunca ostentó la calidad de soldado voluntario y en consecuencia, no le resulta aplicable la prerrogativa que el inciso 2º del artículo 1º del decreto 1794 de 2000 otorgó a esta clase de soldados que posteriormente fueron incorporados como profesionales, por lo que se torna improcedente reliquidar su asignación básica, así como las demás prestaciones sociales, máxime si se tiene en cuenta que, tal y como se indicó en la sentencia de unificación aludida⁶, dicha normatividad está encaminada a proteger los derechos adquiridos de los soldados voluntarios regulados por la Ley 131 de 1985, que posteriormente pasaron a ser soldados profesionales, que como ya se indicó; ahora bien la simple manifestación por parte del libelista de la posible transgresión del derecho a la igualdad para que el juez constitucional estudie si la norma comporta un trato discriminatorio, pues el esfuerzo argumentativo se torna más exigente cuando lo que se quiere es concluir que una medida es irrazonable y desproporcionada

Sobre el reconocimiento de la prima de actividad: La parte actora no esgrime mayores argumentos que permitan evidenciar la vulneración del derecho a la igualdad aducida, pues tan solo se sostiene que

⁴Sentencia C- 577 de 2005, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto.

⁵ Sentencia C-1031 de 2002.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ sentencia de veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: CE-SUJ2 5001333300220130006001 (3420-2015), Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL.

es inexplicable que todos los militares e incluso para todos los civiles al servicio del Ministerio de Defensa Nacional se establezca el derecho a devengar una prima de actividad, mientras que para los soldados profesionales se desconozca este derecho, sin tomar en consideración que son precisamente los Soldados Profesionales, quienes devengan menores salarios, cumplen horarios extenuantes ya que deben trabajar en las noches, los sábados, domingos y festivos sin descanso y en general quienes deben asumir directamente todas las dificultades en la guerra, soldados quienes en actividad exponen su vida en procura de la protección de la vida y de los derechos de los demás.

Existen unas condiciones particulares entre los Soldados, los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, Agentes de la Policía Nacional y el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, pues cada uno de estos grupos de servidores tienen condiciones especiales en lo que tiene que ver con los rangos de autoridad, requisitos para su ingreso, atribuciones frente a las operaciones militares de distinto orden, que implica que tengan unas remuneraciones salariales y prestacionales diferentes.

En consecuencia, no puede pretenderse unificar los regímenes prestacionales en relación con las partidas que se devengan en actividad, toda vez que, es legítimo que el legislador haya establecido estas diferencias bajo la consideración que en este caso estamos ante sujetos distintos.

Aunado a lo anterior, debido a las particularidades de los diferentes regímenes prestacionales de los miembros de la Fuerza Pública, tiene fundamento en el principio de libertad de configuración del legislador en materia salarial, bajo el cual, el Gobierno Nacional, tiene facultad expresa y específica para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, conforme a la ley marco que para el efecto debe expedir el Congreso de la República. Igualmente, en lo preceptuado en el último inciso del artículo 217 de la Carta, en el que se señala que *“La Ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”* y el artículo 218, que al referirse al cuerpo de policía, señala en su último inciso que *“La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”*.

Referente al tema el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 07 de febrero de 2019⁷, respecto a su reconocimiento para los Soldados Profesionales del Ejército Nacional:

“Como corolario de lo antes expuesto, palmario es concluir que los Soldados Profesionales tienen su propio régimen salarial y prestacional, distinto al de los demás miembros de la Fuerza Pública, y en el cual no se encuentra contemplada la reclamada prima de actividad. Luego, dable es afirmar que los Soldados Profesionales no tienen derecho a devengar otras prestaciones sociales diferentes a las señaladas en el citado Decreto 1794 de 2004, pues de permitirse tal situación no sólo se violaría el principio de inescindibilidad de la ley sino que también se conculcaría el principio de libertad de configuración legislativa.

En este orden de ideas, la prima de actividad (consagrada en el artículo 842 del Decreto 1211 de 1990, modificado por el artículo 303 del Decreto 737 de 2009) prevista para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, no puede ser reconocida a los Soldados Profesionales de esa misma institución. Lo anterior, a juicio de la Sala, no constituye vulneración alguna del derecho a la igualdad, puesto que dichos soldados no tienen el mismo nivel de jerárquico, ni desempeñan las mismas funciones que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. (...)

(...) 2. Descendiendo al caso de auto, se tiene que Néstor Alonso Tibata Guerrero, actualmente, funge como Soldado Profesional del Ejército Nacional, hecho que se presume en virtud del inciso primero del artículo 97 del CGP, pues así lo afirmó el actor en su libelo demandatorio y la parte accionada no lo desvirtuó. Por consiguiente, como quiera que la reclamada prima de actividad no fue prevista para los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se concluye que las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar, razón por la que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las suplicas de la demanda.”

⁷ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “D” - Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019) - MAGISTRADO PONENTE: Dr. CERVELO PADILLA LINARES - PROCESO No.: 11001-33-35-028-2017-00207-01.

De esta forma, el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que estos tengan fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad.

Conforme lo anterior se tiene que el legislador ha establecido diferentes prestaciones teniendo en cuenta la jerarquía, los cargos que ostentan diferentes funciones y responsabilidades, los requisitos de ingreso, el tiempo de experiencia y de servicio.

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

En relación a los Soldados profesionales y a los demás funcionarios militares y civiles del Ministerio de Defensa, se predica una distinción que tiene sustento en los diferentes rangos que operan dentro de la jerarquía organizacional de la Fuerza Pública, además también obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos, así como a la naturaleza y funciones de cada cargo tal como lo dispone la Ley 4° de 1992, circunstancias que permiten que en materia salarial se establezcan tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, es decir, que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución.

Por lo expuesto, se reitera que al estar probado que el actor prestaba sus servicios como Soldado Profesional, y el régimen salarial y prestacional que lo gobierna es el contemplado en el Decreto 1794 de 2000, norma que no previó dentro de las prestaciones sociales devengadas, la Prima de Actividad, por lo que la pretensión será negada.

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

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

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

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁸, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas para resaltar)

⁸ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁹ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>¹⁰”

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Negar la condena en costas por las razones expuestas.

TERCERO.- En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

JARA

⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

¹⁰ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

Firmado Por:

**Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cff370ee3257ad1667e5a43af29a4dcf8e304d9b291c4c0c9339352a8adf253c**

Documento generado en 23/11/2021 07:23:03 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>