



13-001-33-33-001-2017-00280-01

Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-001-2017-00280-01
Demandante:	Iván de Jesús Rodríguez Acuña
Demandado:	CREMIL
Tema:	Reliquidación de asignación de retiro – prima de navidad.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia de 14 de marzo de 2019, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 20 - 24)

a) Pretensiones:

El señor Ivan de Jesús Rodríguez Acuña, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. 0020893 del 26 de abril de 2017, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro que devengaba el convocante, y No. 0035140 de 22 de junio de 2017, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a CREMIL al reconocimiento y pago a favor del demandante del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

2.1. Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, al dejar de incluir la duodécima parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro de los soldados profesionales, cuando a todos los demás



13-001-33-33-001-2017-00280-01

miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares, se les tiene en cuenta en la liquidación respectiva.

3. Que se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro hasta su inclusión en nómina de pagos.

4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.

5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.

6. Que se condene en costas a la entidad demandada.

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente la demanda, el actor afirmó en resumen, lo siguiente:

Ingresó a la Armada Nacional en calidad de Soldado Regular el 15 de abril de 1994 y en el año 2003 pasó a ser Soldado Profesional.

Por cumplir con los requisitos exigidos en la ley, la entidad accionada le reconoció asignación de retiro a través de Resolución No. 5423 de 03 de julio de 2015.

Los soldados profesionales se encuentran en condiciones desiguales respecto de los oficiales y suboficiales de la Armada Nacional, y personal civil, porque a éstos últimos se les incluye la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable al momento de liquidar su asignación de retiro, mientras que a los soldados profesionales no se les tiene en cuenta dicha prestación al momento del reconocimiento pensional.

c) Normas violadas y concepto de violación

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; 10 de la Ley 4/92; Decretos 1793 del 2000; 1794 del 2000 y 4433 del 2004.

Como concepto de la violación, adujo que los actos acusados desconocen su derecho a la igualdad toda vez que a todos los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, así como al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se les incluye al momento de liquidar su asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad, mientras que a los soldados profesionales no se les tiene en cuenta.

Afirmó que el numeral 13.2 del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 es inconstitucional al dejar de incluir como partida computable para la asignación



13-001-33-33-001-2017-00280-01

de retiro de los soldados profesionales la duodécima parte de la prima de navidad, aplicable únicamente para los oficiales, suboficiales y personal civil del Ministerio de Defensa, y por ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4° de la Constitución Política, dicha norma debe inaplicarse por inconstitucional, y en su lugar, incluir la prima de navidad como partida computable dentro de su asignación de retiro.

3.2. La contestación (fs. 41 - 45)

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con apoyo en los siguientes argumentos:

Le reconoció asignación de retiro al demandante mediante Resolución No. 5423 de 03 de junio de 2015, con efectos a partir del 1° de agosto de 2015, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 07 meses y 06 días.

Dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la hoja de servicios militares del actor.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la norma aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433/04, se estableció la partida computable denominada prima de navidad, para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales, razón por la cual no liquidó esta partida en la asignación de retiro del actor.

Citó el numeral 13.2 del artículo 13 ibídem que establece las partidas computables que deben tenerse en cuenta para liquidar las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, y sostuvo que dicha norma establece la forma de reconocer la asignación de retiro sin contemplar factores adicionales como la prima de navidad. Adicionalmente, el parágrafo del artículo 13 prohíbe la inclusión de primas, subsidios o partidas computables distintas a las que taxativamente consagró la ley.

La 1/12 de la prima de navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han recibido, por tanto, mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas computables que no fueron percibidas ni siquiera en actividad.

El principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso no se ha vulnerado tal derecho, porque fue el legislador quien estableció





13-001-33-33-001-2017-00280-01

los parámetros para efectuar el reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, Decreto que actualmente se encuentra vigente y no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (f.115)

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en audiencia inicial celebrada el 14 de marzo de 2019, profirió sentencia negando las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

La existencia de regímenes prestacionales diferentes no es en sí misma contraria al principio de igualdad, el legislador dentro de la libertad de configuración que le asiste puede establecer diferencias, incluir y excluir prestaciones, sin que ello constituya una afectación a los derechos fundamentales.

El hecho de que la prima de navidad se reconozca a otros miembros de la fuerza pública como partida computable para liquidar su asignación de retiro, no es un argumento suficiente para afirmar la violación al derecho a la igualdad, citó en apoyo de sus argumentos las sentencias de 08 de noviembre de 2017 y 11 de julio de 2018, ambas proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Ante la ausencia de otros elementos de juicio que permitan valorar la configuración de un trato discriminatorio, la juez A- quo resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 116 - 118).

La apoderada de la parte demandante cuestionó el fallo de primera instancia, aduciendo en resumen lo siguiente:

Afirmó que al hacer una revisión del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a simple vista se observa la abismal diferencia existente entre los soldados profesionales y los suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares, pues mientras a los primeros solo se le tiene como partida computable la prima de antigüedad, a los oficiales y suboficiales se les reconoce la prima de actividad, prima de antigüedad, prima de estado mayor, prima de vuelo, gastos de representación, subsidio familiar y la 1/12 de la prima de navidad.

De lo anterior se evidencia la vulneración del derecho a la igualdad pues mientras a los oficiales y suboficiales se les incluye alrededor de 8 partidas computables para la asignación de retiro, a los soldados profesionales solo se les incluye una partida.



13-001-33-33-001-2017-00280-01

De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433/04 existe un trato diferenciado y desigual para los soldados profesionales, colocándolos en condiciones de inferioridad e indefensión frente a los oficiales y suboficiales, pues no existe una razón valedera para negarles el acceso a un derecho que devengan en actividad y que deben seguir percibiendo en su asignación de retiro para no ver desmejorados sus ingresos. Citó en apoyo de sus argumentos la sentencia de 26 de abril de 2018, proferida por el la Sección Segunda, Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso radicado con el No. 051-2017-00187, M.P. Cerveleón Padilla Linares.

Reiteró que existe una contradicción entre el artículo 13 de la Constitución Política y los artículo 13 y 23 del Decreto 4433 de 2004, pues se evidencia un trato diferencial y discriminatorio entre los soldados profesionales y los demás miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

VI. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 27 de agosto de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f.130), y por providencia de 24 de septiembre de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f.134).

La parte demandada presentó alegatos de conclusión (fs.137-138) y sostuvo que se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esta entidad. Citó en apoyo de sus argumentos la sentencia de 20 de septiembre de 2013, proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La parte demandante no presentó alegatos; y Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VII.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

VIII. - CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales



13-001-33-33-001-2017-00280-01

Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

8.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si el actor tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable

8.3. Tesis de la Sala

El demandante no tiene derecho a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad porque dicho factor no fue contemplado como partida computable en el Decreto 4433 de 2004.

8.4 Marco jurídico y jurisprudencial.

La Ley 923/04 establece las normas, objetivos y criterios 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 Política. Esta Ley estableció la posibilidad de que los soldados profesionales devengaran una asignación de retiro.

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 4433/04 dispone que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años tendrán derecho a que CREMIL les pague una asignación de retiro equivalente al 70% del salario mensual de que trata el numeral 13.2.1, más el 38.5% de la prima de antigüedad, así:

ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El numeral 13.2.1 del artículo 13 ibídem dispone:

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:

13.1. Oficiales y Suboficiales:



13-001-33-33-001-2017-00280-01

- 13.1.1 Sueldo básico.
- 13.1.2 Prima de actividad.
- 13.1.3 Prima de antigüedad.
- 13.1.4 Prima de estado mayor.
- 13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente Decreto.
- 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- 13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.
- 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

- 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º 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 para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

En lo referente a las partidas computables que deben ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en sentencia de 25 de abril de 2019, unificó su jurisprudencia en cuanto a las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, su naturaleza, partidas computables, entre otros asuntos relacionados, y particularmente, sobre el caso que nos ocupa estableció lo siguiente:

“4. Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados.

131. Para efectos de analizar este tema, es necesario recordar lo señalado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual, como se indicó en precedencia, prevé los elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, que son básicos del régimen.

132. Dentro de los elementos definidos en la referida ley se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4, que son del siguiente tenor: 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. 3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

133. En este punto, es importante recordar, igualmente, que de conformidad con los antecedentes de la referida ley, una de sus finalidades era consagrar «una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte».





13-001-33-33-001-2017-00280-01

Así mismo, que la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes «que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social».

(...) las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: «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».

136. Aunado a lo anterior, se considera que tal previsión se acompasa con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Superior, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, con el principio de sostenibilidad financiera incorporado a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo núm. 1 de 2005, se reafirmó tal relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, al decretar: «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones», precaución que obedece al principio de sostenimiento presupuestal, que no se estaría afectando al preservar la proporcionalidad de los aportes con el valor de la prestación, sino que permite precisamente alcanzar su objetivo.

137. En relación con la solidaridad, sea lo primero advertir que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política, es un principio fundante del Estado Social de Derecho, por lo que tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en relación con las primeras normas del ordenamiento superior, «ellas condensan la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta, representando así los principios esenciales que irradian todo el espectro constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general, y del Legislador en particular»⁹⁶, por lo cual se constituyen en «principios o fórmulas constitucionales básicos que se erigen como criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas superiores más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional, las relaciones de las personas con las autoridades o el ejercicio de las acciones mismas».

138. Ciertamente, el principio de solidaridad cobra vital importancia en materia de seguridad social, al consagrarlo como uno de los que deben inspirar este servicio público, el cual tiene el carácter de obligatorio y de irrenunciable. Al respecto, la Corte Constitucional ha expuesto:

[...] el Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado Liberal Clásico, parte del supuesto según el cual la realización del interés colectivo presupone la existencia de mecanismos de redistribución de los ingresos, a fin de que los menos favorecidos tengan acceso a la satisfacción de las necesidades básicas, asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales. Uno de estos mecanismos es la organización de los sistemas de seguridad social, que pretenden conseguir la satisfacción universal de las necesidades básicas de la población en materia de salud y de previsión de los riesgos de merma de la capacidad laboral por invalidez, vejez o muerte. El funcionamiento de tales sistemas sólo se hace posible gracias al esfuerzo mancomunado del Estado y los particulares, y mediante la implementación de medidas que hagan viable la



13-001-33-33-001-2017-00280-01

redistribución de los ingresos disponibles para estos propósitos. Por esta razón, el artículo 48 superior define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

139. Así mismo, la Corte Constitucional ha precisado que una de las implicaciones del principio de solidaridad en materia de seguridad social, es que «todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto. [...]

(...) es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime¹⁰⁰ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

142. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»¹⁰¹, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»¹⁰², por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

143. Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994¹⁰³ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo



13-001-33-33-001-2017-00280-01

de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes.

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas».

144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

(...)148. En conclusión, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

149. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: i) Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad. ii) Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes. (...)”

La Sala prohíja los criterios expuestos en la sentencia previamente citada y los aplicará al caso concreto.

8.5. Lo probado en el proceso

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probado lo siguiente:



13-001-33-33-001-2017-00280-01

- CREMIL, a través de la Resolución No. 5423 de 03 de julio de 2015, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2738 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1: (salario mensual en los términos del inciso 1° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000), adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto – Ley 4433/04 (fs. 9 -10).
- El demandante laboró al servicio del Ejército Nacional por 20 años, 7 meses y 6 días (f. 9).
- La asignación de retiro del actor fue liquidada teniendo en cuenta: el salario básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar (f. 13).
- El 05 de abril de 2017 el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta la 1/12 de la prima de navidad, la cual fue negada mediante oficio No. CREMIL 28817 consecutivo 2017-20893 de 26 de abril de 2017 (fs. 2 - 6).
- Contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante oficio No. CREMIL 37854 consecutivo 2017-35140 de 22 de junio de 2017 rechazándolo por improcedente (fs. 7 - 8).

8.6. Caso concreto.

El apelante solicitó que se revoque el fallo de primera instancia toda vez que la entidad demandada al no incluir la 1/12 parte de la prima de navidad en la liquidación de su asignación de retiro vulnera el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que dicha prima si se prevé para liquidar las pensiones y asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

La sentencia de unificación citada señaló que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.
2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.





13-001-33-33-001-2017-00280-01

Adicionalmente, en la mencionada providencia dicha Corporación determinó que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, y por ello no se vulnera el derecho a la igualdad cuando se contempla para liquidar la pensión de unos y otros funcionarios partidas distintas.

En el presente asunto se observa la Sala que el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, solo contempla como partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales, el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del mismo Decreto.

Como la prima de navidad no se encuentra incluida en dicho artículo, en aplicación de las normas y jurisprudencia descritas previamente, la Sala confirmará la sentencia apelada.

8.7 Condena en costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Bolívar Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.



13-001-33-33-001-2017-00280-01

SEGUNDO: Condenase en costas procesales en segunda instancia a la parte demandante, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

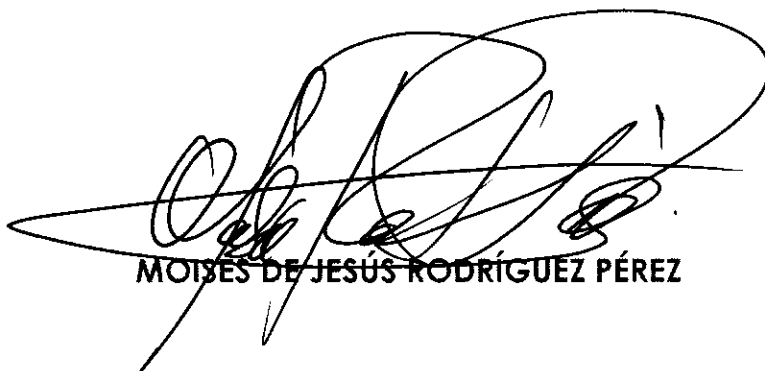
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Ausente con permiso.

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-001-2017-00280-01
Demandante:	Iván de Jesús Rodríguez Acuña
Demandado:	CREMIL
Tema:	Reliquidación de asignación de retiro – prima de navidad.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras