



Cartagena de Indias D.T y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2015-00007-01
Demandante	EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO
Demandado	CAJA DE SUELDOS DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	<i>Reliquidación de la asignación de retiro con fundamento en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y solicitud de inclusión de la prima de navidad.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 19 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO instauró demanda de nulidad y restablecimiento contra la CAJA DE SUELDOS DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² 11-20 c. 1

13-001-33-33-011-2015-00007-01

3.1.1. Pretensiones³

PRIMERO: Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante Oficio No. 59026 del 11 de octubre de 2011, mediante el cual se negó la reliquidación del 70% de la asignación de retiro, conforme con el artículo 16 del Decreto 4433/04.

SEGUNDO: Se declare la nulidad del Oficio No. 59066 del 11 de octubre de 2013, mediante el cual se negó el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la asignación de retiro, de la prima de navidad de conformidad con el Decreto 4433/04.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a CREMIL a reconocer a favor del demandante los dineros correspondientes, debidamente indexados, junto con los intereses de ley, desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro, hasta la fecha de actualización del pago del 70% de la asignación de retiro, conforme el artículo 16 del Decreto 4433/04; y de la reliquidación de la misma con la inclusión de la prima de navidad (art. 13 del Decreto 4433/04).

CUARTO: Que se condene en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se afirma que el señor EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO ingresó a laborar al Ministerio de defensa, en condición de soldado regular, siendo regida su vinculación, por los parámetros de la Ley 131/85; a partir del 1 de noviembre de 2003, la vinculación del actor estuvo guiada por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, así como el Decreto 4433/04.

El demandante, estuvo al servicio del Ejército nacional durante 20 años, por lo que se le reconoció una asignación de retiro, mediante Resolución No. 5832 del 5 de diciembre de 2011, en la cual se desatiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433/04 y se desconoce la inclusión de la prima de navidad.

³ Folios 12-13

⁴ Folios 11-12

13-001-33-33-011-2015-00007-01

Mediante Oficio No. 87299 del 30 de septiembre de 2013, el actor radicó derecho de petición ante CREMIL, solicitando la reliquidación de la asignación de retiro con base en el 70%; sin embargo, esta solicitud fue denegada a través de Oficio No. 59026 del 11 de octubre de 2013.

De igual forma, el interesado presentó una petición, identificada con el radicado 87260 del 30 de septiembre de 2013, en la que solicitó la inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro, pero ésta fue negada por medio de Oficio No. 59066 del 11 de octubre de 2013.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas se expusieron las siguientes: artículos 2, 4, 6, 13, 29, y 53 de la Constitución Nacional, Ley 4 de 1992, Ley 131 de 1985, Decreto 4433 de 2004, Decretos 1793 y 1794 de 2000, Decreto 4433 de 2004.

Sostiene que CREMIL, al liquidar la asignación de retiro del accionante no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433/04, pues solo tuvo en cuenta el salario mensual, adicionado con un 38% de la prima de antigüedad, y sobre esa base liquida el 70%; cuando la norma en realidad establece que la liquidación del 70% debe hacerse sobre el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, y a ese valor debe adicionársele el 38% de la prima de antigüedad.

Manifiesta que el acto administrativo demandado es ilegal toda vez que en el mismo no fue incluida la partida correspondiente a la duodécima parte de la prima de navidad, que sí es aplicada a los demás funcionarios de la fuerza pública, en virtud del Decreto 4433/04, vulnerándose con ello el derecho a la igualdad.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA CAJA DE SUELDOS DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Esta entidad no contestó la demanda.

13-001-33-33-011-2015-00007-01

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

Con providencia calendada el 19 de diciembre de 2017, la Juez Décimo Primera Administrativo de esta ciudad, dictó sentencia de primera instancia en la que decidió lo siguiente:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del Oficio CREMIL No. 2015-059026 de fecha 11 de octubre de 2013, expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cuanto negó el reajuste de la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta que el porcentaje de liquidación de 70%, debe aplicarse únicamente sobre el sueldo, y a lo que resulte de ello, debe sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto deba hacerse un descuento adicional.

SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad decretada, y a título de restablecimiento dl derecho, CONDÉNASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, a que si aún no lo hubiere hecho, proceda a: 1) Reliquidar a partir del 29 de octubre de 2011, la asignación de retiro de que es titular el señor EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO, identificado con cedula de ciudadanía 15.030.937, tomando el salario Base de un (1) salario legal mensual vigente incrementado en un cuarenta (40%), y aplicando el setenta (70%) de dicho salario, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, según lo ordena el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y ha quedado sentado en la parte motiva de esta sentencia. (...).

TERCERO: DENIÉGASE la nulidad del Oficio CREMIL No. 2015-059066 de fecha 11 de octubre de 2013, que negó al actor el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de su asignación de retiro de la prima de navidad”.

La Juez a quo manifestó, que al actor le asiste derecho a la aplicación del inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, pues a la entrada en vigencia de éste, estaba vinculado como soldado en los términos de la Ley 131 de 1985, por lo que la liquidación debió realizarse sobre el 70% del sueldo básico señalado anteriormente, más el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir que, el porcentaje de liquidación de 70%, debe aplicarse únicamente sobre el sueldo básico, y a lo que resulte de ello, debe sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto deba hacerse un descuento adicional.

En cuanto a la inclusión de la prima de navidad como factor salarial para calcular la asignación de retiro, precisó que, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es claro en indicar los porcentajes y prestaciones correspondientes

⁵ Folio 109-113

13-001-33-33-011-2015-00007-01

a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, no incluyendo la prima de navidad dispuesta en el numeral 13.1.8 del artículo 13 del decreto en cita, por lo que sin necesidad de mayores argumentos, y de cara a lo probado en el proceso, se concluyó que el Oficio No. 059066 de 11 de octubre de 2013, no vulnera el artículo 13 de la Constitución Política.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1 Parte demandante⁶

Por medio de escrito presentado dentro de la oportunidad correspondiente, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en lo referente a la negativa a ordenar la reliquidación de la asignación de retiro, con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

Afirma, que la prima de navidad es un ingreso adicional pagado en la nómina del mes de noviembre o diciembre, y que tiene por finalidad ayudar al trabajador con sus gastos.

Sostiene, que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, mientras se encuentran en servicio activo, gozan de una serie de beneficios, entre ellos, el derecho a percibir la prima de navidad, la cual se encuentra configurada en el Derecho 4433/04, como una partida computable para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro; sin embargo, ello no sucede así para los soldados profesionales, quienes en servicio activo devengan dicho beneficio, pero sin justificación alguna, el Decreto 4433/04 no la tiene en cuenta para ser incluida como factor salarial de la asignación de retiro, lo que viola flagrantemente el derecho a la igualdad del actor; por lo anterior, solicita que sea inaplicada dicha norma, en virtud del artículo 4 de la Constitución Nacional.

Indica, que en el caso de marras debe dársele prevalencia al principio de favorabilidad, puesto que si bien no existe contrariedad entre dos normas, sí existe una indebida interpretación del Decreto 4433/04.

⁶ Folio 120- 124 Cdno 1.

13-001-33-33-011-2015-00007-01

3.4.2 Parte demandada⁷

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro del actor, es la expuesta en el acto administrativo demandado; por lo que 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.

Para sostener su tesis, invoca a su favor la los argumentos adoptados en la Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "C" sentencia del 20 de Septiembre de 2013 proceso referencia No. 11001333503020120008601 Demandante: EDGAR ORLANDO MORA, Demandado: CREMIL, MP. AMPARO OVIEDO PINTO.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 15 de mayo de 2018⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de septiembre de 2018⁹; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 16 de noviembre de 2018¹⁰.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 La parte demandante alegó de conclusión, ratificándose en los argumento de la impugnación¹¹.

3.6.2 La parte demandada – CREMIL no alegó de conclusión.

3.6.3 El Ministerio Público no presentó concepto.

⁷ Folio 119

⁸ Folio 3 c. de apel.

⁹ Folio 5 c. de apel.

¹⁰ Folio 9 c. de apel.

¹¹ Folio 12-13 c. de apel.

13-001-33-33-011-2015-00007-01

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

La parte recurrente sostiene que la asignación de retiro de la que es titular, debe ser reajustada en cuanto al factor computable denominado prima de navidad y la bonificación de orden público aplicando el Decreto 1794 de 2000 y la Ley 4 de 1992, en virtud del principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad.

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es legal la forma en la que CREMIL liquidó la asignación de retiro del señor EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO, teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico y la prima de antigüedad?

¿Tiene derecho el señor EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO a la reliquidación de su asignación de retiro con la incorporación la prima de navidad?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, en razón a que la asignación de retiro del actor debió liquidarse sobre el 70% del sueldo básico, más el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir que, el porcentaje de liquidación de 70%, debe aplicarse únicamente sobre el sueldo básico, y a lo que resulte de ello, debe sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto deba hacerse un descuento adicional.

13-001-33-33-011-2015-00007-01

Por otra parte, el demandante no tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes de la prima de navidad toda vez que, la misma no está contemplada en la ley como factores salariales a tener en cuenta para ello. Además, en SU del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado determinó qué tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual, no existe un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad o favorabilidad, por el hecho de que existan partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Asignación de retiro de los soldados profesionales

Conforme con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro para soldados profesionales debe seguir las siguientes reglas:

“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”.

Frente a la interpretación que debe dársele a la norma anterior, la Sala aplicará la sentencia de Unificación jurisprudencial **CE-SUJ2-015-19**, proferida

13-001-33-33-011-2015-00007-01

por el Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019¹², Sección Segunda, Subsección A, en la que se fijó la siguiente regla jurisprudencial:

1. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$.

5.4.2 Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales¹³.

Las partidas computables son las descritas en el artículo 13 ibídem, de la siguiente forma:

"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.

Para efectos de analizar este tema, es necesario recordar lo señalado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual, prevé los elementos mínimos que

¹² Radicado interno: 1701-16.

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16)CE-SUJ2-015- 19 Actor: JULIO CESAR BENAVIDES BORJA Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES



13-001-33-33-011-2015-00007-01

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 o cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro o 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 Público".

Igualmente, se determinó en la **SU del 25 de abril de 2019**, qué tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual, tampoco hay un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que existan partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

En conclusión, la sentencia citada consideró, que debe existir una correspondencia entre las partidas sobre las cuales se debe liquidar la asignación de retiro, y las que el legislador o el gobierno nacional, en uso de sus facultades constitucionales o legales, hayan fijado para realizar los aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

5.4.2 Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

En lo que respecta a la duodécima parte de la prima de navidad, es importante anotar que, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta conforma uno de los factores a tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas, pero no para los soldados profesionales.

A su turno, el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, que contempla los emolumentos sobre los cuales los soldados profesionales deben hacer los



13-001-33-33-011-2015-00007-01

aportes para su asignación de retiro, únicamente prevé cotizaciones sobre el salario mensual y sobre la prima de antigüedad.

ARTÍCULO 18. *Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:*

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

Frente a este punto es importante precisar que la sentencia de unificación sostiene que, la jurisprudencia constitucional ha mantenido su posición de manera unánime 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.

13-001-33-33-011-2015-00007-01

5.4.4. Principio de favorabilidad:

Tal y como lo expuso la Corte en la sentencia SU-023 de 2018, “la favorabilidad en materia laboral opera cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal o entre dos normas de idéntica fuente y, adicionalmente, cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones”. Entendiendo que la prima de orden público, fue creada por la ley 1214 de 1990, sin que exista otra normativa que regule, modifique, o revoque en todas o partes la misma.

La misma Corte ha establecido que las autoridades judiciales se encuentran en el deber de escoger la interpretación más favorable a los intereses del trabajador, de acuerdo con el artículo 53 superior y en aplicación del principio de in dubio pro operario, tesis que ha sido acogida por el H. Consejo de Estado, en sentencia proferida el 16 de noviembre de 2016, CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ¹⁴; en la cual se indicó lo siguiente:

“3.1. Los principios de favorabilidad laboral e in dubio pro operario son mandatos constitucionales reconocidos en el artículo 53 constitucional, conforme al cual, el juez laboral debe interpretar el estatuto del trabajo teniendo en cuenta la “(...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”. En otras palabras, no importa cuál sea la fuente formal del derecho, pues en su aplicación e interpretación, siempre se ha de preferir la situación o el estado de cosas más favorable a los trabajadores. Ocurre así con la jurisprudencia o con la ley, por ejemplo, cuando hay varios enunciados normativos que regulan una misma situación jurídica (favorabilidad) o cuando respecto de un mismo texto legal existen distintas interpretaciones (in dubio pro operario); casos en los cuales le corresponde al operador jurídico aplicar el más favorable al trabajador”.

5.4.5. Principio de igualdad:

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO Administrativo, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A, CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08), Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS), Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

13-001-33-33-011-2015-00007-01

unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

Ahora bien, con el fin de evaluar la afectación de dicho principio por normas incluidas en el ordenamiento jurídico, es necesario hacer un estudio de las situaciones frente a las cuales se plantea la existencia de un trato diferente, para lo cual la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha acudido a herramientas metodológicas especiales tales como el test de igualdad, que permite definir si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, proceso que se surte en las siguientes etapas:

[...] “(i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución”

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos probados

Los hechos relevantes para resolver la apelación presentada por la parte actora, son los siguientes:

- Mediante Resolución No. 5832 del 5 de diciembre de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO, la asignación de retiro a la que tenía derecho, por haber laborado durante 20 años, 10 meses y 9 días. Para reconocer dicha prestación, se le tuvo en cuenta el 70% del sueldo mensual adicionado con el 38% de la prima de antigüedad (fl. 9-10).
- A través de certificado obrante a folio 8, la entidad accionada expone los valores recibidos por el señor RAMOS CUADRADO, por concepto de asignación de retiro en los años 2011, 2012 y 2013.

13-001-33-33-011-2015-00007-01

- En los certificados mes a mes, expedidos por el Ministerio de Defensa, en los que constan los factores salariales devengados por el actor, desde julio de 2010 hasta julio de 2011, no se evidencia que el señor EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO haya devengado prima de navidad (fl. 7).
- Por medio de petición del 30 de septiembre de 2013, el señor EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad (fl. 5).
- Con acto administrativo contenido en el Oficio No. 2013-59066 del 11 de octubre de 2013, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado (fl. 6).

7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencia

En el caso bajo estudio se impugna la declaratoria de nulidad del Oficio No. 2013-59066 del 11 de octubre de 2013, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor con fundamento en el artículo 16 del Decreto 4433/04 y la inclusión la prima de navidad. Ahora bien, para resolver el problema jurídico planteado, es preciso tener en cuenta los presupuestos normativos que regulan la asignación de retiro.

A Juicio del accionante, la anterior liquidación es incorrecta por lo que solicita que se realice conforme el artículo 16 del Decreto 4433/04 y además se incluya la prima de navidad. La Juez de instancia decidió acoger únicamente la primera pretensión, por lo que tanto la parte actora como la accionada vienen apelando la sentencia.

En su escrito de apelación, CREMIL alega que la forma correcta de liquidar la asignación de retiro es teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico y la prima de antigüedad, argumento con el que no se encuentra de acuerdo esta Corporación, puesto que, como ya quedó aclarado en el marco normativo de esta providencia, la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe ser solamente el 70% de la asignación salarial, para luego,

13-001-33-33-011-2015-00007-01

adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$.

En el caso en concreto, se tiene que al señor EVER DE JESÚS RAMOS CUADRADO se le reconoció una asignación de retiro, mediante Resolución No. 5832 del 5 de diciembre de 2011, en la cual solo se le tuvo en cuenta lo siguiente:

- *“El 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000)*
- *Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.”*

De acuerdo con el certificado obrante a folio 8 se tiene que para el 2011 (la pensión fue reconocida el 5 de diciembre de 2011), el actor recibió una mesada de \$726.970. Sin embargo, conforme con el certificado visible a folio 79, el actor en el año 2011 devengaba \$749.840, por lo que el valor de su asignación de retiro era el siguiente:

Asignación de retiro = \$524.888 (70% sueldo) + \$288.688,4 (38.5% prima antigüedad)

Asignación de retiro = \$813.576,4

Por el contrario, la entidad realizó la siguiente fórmula:

Asignación de retiro = 70% (\$749.840 (sueldo) + \$288.688,4 (38.5% prima antigüedad)

Asignación de retiro = \$ 726.969,88

Teniendo en cuenta lo anterior la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

En lo que se refiere a la impugnación del actor, tendiente a que se le incluya la prima de navidad, es preciso exponer que, la misma no es procedente toda vez que dicho factor no constituye un elemento a tener en cuenta para liquidación de la asignación de retiro; pues, como se dijo en el marco normativo de esta providencia, dicho emolumento solo fue concebido como



13-001-33-33-011-2015-00007-01

un factor salarial para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares Colombianas, de conformidad con los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004.

En ese orden de ideas, la solicitud de la inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro, resultar ser improcedente por no estar comprendida dentro de los factores establecidos en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. Por lo anterior, y teniendo en cuenta el marco normativo citado, encuentra esta Sala que le asiste razón al A-quo al determinar que no existe violación al derecho a la igualdad toda vez que, la no inclusión de la prima de navidad como factor salarial para efectos pensionales no obedece a una decisión discrecional de la entidad, sino al acatamiento de una disposición Decreto-Ley 1211 de 1990 en el artículo 95 parágrafo-, que además no admite una doble interpretación ni fue desarrollada o derogada por una posterior.

De igual forma, encuentra esta Sala que no existe violación al principio de favorabilidad toda vez que, la no inclusión de la prima de la prima de navidad como factor salarial para efectos pensionales no obedece a una mera interpretación por parte de CREMIL, por el contrario, la norma que regula el tema es clara al momento de definir cuáles son los elementos salariales a tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro. En el mismo sentido, conforme a lo establecido por el principio de taxatividad, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las enlistadas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, posición que ha venido siendo reiterada por la jurisprudencia en sentencias como la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado y del 28 de agosto de 2018 de la misma Corporación.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negó ésta pretensión de la demanda.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en 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”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el



13-001-33-33-011-2015-00007-01

proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Sin embargo, como quiera que en este caso ambos recursos fueron desfavorables, la Sala se abstendrá de condenar en costas.

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

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

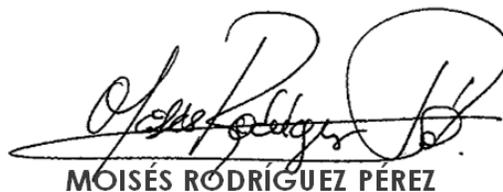
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS, en esta instancia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN