Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-001-2017-00139-01**
Accionante	**RODRIGO PEÑA ACOSTA** clgomezl@hotmail.com
Accionada	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** notificacionesjudiciales@cremil.gov.co abogadoscitybank@yahoo.com
Tema	**REAJUSTE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO POR LA PRIMA DE NAVIDAD**
Magistrado Ponente	**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

TURNO AL DESPACHO: REITERACIÓN LÍNEA JURISPRUDENCIAL PRIMA DE NAVIDAD

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala fija de decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019)[1], proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.[2]

1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

1. El 01 de noviembre de 1990, el señor Rodrigo Peña Acosta ingresó a la Armada Nacional en condición de Soldado Regular.
2. Desde el 01 de noviembre de 2003, por decisión de la Armada Nacional el señor Rodrigo Peña Acosta pasó a ser denominado Soldado Profesional.

[1] Folios 106-111 cdr.1
[2] Folios 1-23 cdr.1

3. Hasta el 30 de julio de 2011 el demandante estuvo vinculado a la Armada Nacional en el Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 30 con sede en Yati Magangué Bolívar.

4. Mediante Resolución No. 4522 del 26 de septiembre de 2011 se le otorgó el derecho a disfrutar asignación de retiro al señor Rodrigo Peña Acosta, por haber cumplido más de 20 años de servicio.

1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare:

(i) La nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. 0085922 del 29 de diciembre de 2016 y No. 0003649 del 06 de febrero de 2017, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que:

(i) Se condene a la entidad demandada al reconocimiento, liquidación, pago y reajuste de la asignación de retiro por concepto de la duodécima parte de prima de navidad desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en la nómina de pagos.
(ii) Se pague el retroactivo de manera indexada, y además se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, a dar cumplimiento en los términos del artículo 192 del CPACA y a cancelar los intereses en la forma prevista en el artículo citado.
(iii) Se condene en costas a la demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículo 10 de la Ley 4 de 1992; artículos 206 a 214 Código Contencioso Administrativo; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004;

Argumenta, que en el presente caso se solicita la aplicación del derecho constitucional a la igualdad, derecho de recibir una remuneración mínima, vital, móvil, y el respeto por los derechos adquiridos, por cuanto todos los miembros de las Fuerzas Militares y Policía, así como el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional les incluyen la duodécima parte de la prima

de navidad como concepto para efectuar la liquidación de su asignación de retiro, mientras que se excluye de este concepto a los Soldados profesionales, colocándolos en una situación de desigualdad frente a sus compañeros.

Añade que, el numeral 13.2 del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, resulta inconstitucional al dejar de incluir como partida computable para la asignación de retiro la duodécima parte de prima de navidad que devengan los demás miembros de la Fuerza Pública, Oficiales y Suboficiales.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.[3]

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda, por cuanto son debate en el presente proceso.

Fundamenta su defensa bajo los argumentos de (i) legalidad de las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; (ii) no violación al derecho a la igualdad; (iii) Carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión de la prima de navidad; (iv) No configuración de violación al derecho a la igualdad; (v) Prescripción; y (vi) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Afirma que al accionante le fue reconocida la asignación de retiro, bajo la vigencia de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, donde de forma taxativa se consagran los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, sin contemplar la posibilidad de factores adicionales.

Así mismo, manifestó que cumpliendo la normatividad vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, no se incluyó la partida prima de navidad o cualquier otro concepto prima, bonificación, subsidio, auxilio o compensación dentro de la hoja de servicios militares en la asignación de retiro, correspondientes al actor.

Arguye, que no le asiste razón al demandante al momento de alegar la violación al derecho a la igualdad, por cuanto es un derecho que se debe predicar solo entre iguales y fue el legislador quien estableció los

[3] Folios 46-87 cdr.1

parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro.

Concluye afirmando que, si prosperasen las pretensiones de la demanda, no podrían serles reconocidas por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2044 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que, el hecho 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 y ante la ausencia de otros elementos de juicio que permitieran valorar la configuración de un trato discriminatorio, el mismo deberá ser desestimado, permaneciendo incólume la legalidad de los actos acusados, por lo cual no se accedió a declarar la nulidad.

3.2. Recurso de apelación.[4]

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda; al respecto indicó que considera que no es cierto el argumento utilizado por el fallador de primer grado, teniendo en cuenta que se vulnera el derecho fundamental a la igualdad, evidenciando entonces un trato diferenciado y desigual, pues a los suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares se les incluye alrededor de ocho partidas computables para la asignación de retiro, mientras que a soldados profesionales solo se les incluye una. A su vez, añade que no existe una razón valedera para negarles el acceso a un derecho que devengaron en actividad.

3.3. Trámite procesal segunda instancia.

A través del auto de fecha siete (07) de octubre de dos mil diecinueve (2019)[5], el Despacho admitió el recurso de apelación interpuesto por la

[4] Folios 115-117 cdr.1
[5] Folio 5 cdr.2

parte demandante. Mediante auto de fecha veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)[6], se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4. ALEGACIONES.

La entidad demandada[7] presentó alegatos finales.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual "*el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*".

[6] Folio 8 cdr.2
[7] Folios 11-15 cdr.2

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

> *¿El actor en su condición de soldado profesional tiene derecho a que se incluya la prima de navidad como partida computable para su asignación de retiro?*

2.2. Tesis de la Sala.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto no le asiste razón al demandante para el reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro por concepto de prima de navidad. La Sala sostendrá que el acto administrativo fue expedido de acuerdo con la normatividad vigente que regula la materia, el cual no vulnera el derecho a la igualdad, por lo que no hay lugar a ordenar el reajuste en el mismo monto de los miembros en servicio activo, por carecer de fundamento jurídico para ello.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1 Del Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

De conformidad con el artículo 217 de la Constitución Política, se autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como parte de la Fuerza Pública según el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esta preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, señaló que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública.[8]

En la misma línea, el artículo 150 numeral 19 de la Carta Política, autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social al que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales.

---

[8] ***"ARTÍCULO 279. Excepciones.*** *El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (…)"*

A su vez, la Corte Constitucional[9] agregó que, gozarán de dicho régimen especial a partir del establecimiento de unas condiciones mejores, las cuales permitan acceder a un régimen pensional más beneficioso en tiempo, en porcentajes o en derechos, con el fin de lograr un equilibrio en el desgaste físico y emocional que sufren durante un período largo de tiempo, debido a la prestación ininterrumpida de una función pública, la cual envuelve un peligro inminente.

Así mismo, se aplican a todos los miembros de la Fuerza Pública la Ley 923 de 2004, la cual contiene normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros que pertenecen a la Fuerza Pública, conforme a lo establecido por la Constitución Política en su artículo 150, numeral 19, literal e).

Igualmente, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; el Decreto 1515 de 2007, mediante el cual se fijaron los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, entre otros cargos; y finalmente el Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto 1515 de 2007, y se dictaron otras disposiciones.

3.2 Del Derecho Constitucional a la igualdad.

El principio de igualdad es uno de los elementos más importantes del Estado Social de Derecho, contenido en el Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia[10]. Por su condición de derecho abstracto, no se evidencia un resultado específico para su aplicación o vulneración, teniendo en cuenta que cada caso concreto contiene unas situaciones de hecho y actores que presentan diferencias y semejanzas.

Sin embargo, es importante advertir que la Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada le ha dado alcance a este principio, determinando que este derecho busca dar un trato igual a quienes se encuentran en una misma posición fáctica y un trato diferencial a quienes

[9] Corte Constitucional, Sentencia C -432 de 2004.
[10] ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

se encuentren en una situación diferenciada. Para verificar si existe vulneración a mencionado principio, el intérprete de la ley debe considerar: "*Dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación.*"[11]

Así pues, en lo relacionado con el principio de igualdad en las Fuerzas Militares, se debe advertir la situación de hecho en las que están inmersos los oficiales, suboficiales y soldados profesionales:

OFICIALES	**SUBOFICIALES**	**SOLDADOS PROFESIONALES**
ARTÍCULO 03. CLASIFICACIÓN PARTICULAR DE LOS OFICIALES DE LAS ARMAS EN EL EJÉRCITO. Son oficiales de las armas en el Ejército todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de ejercer el mando y la conducción de los elementos de combate y apoyo de combate del Ejército en todos los escalones de la jerarquía militar.	ARTÍCULO 18. CLASIFICACIÓN PARTICULAR DE LOS SUBOFICIALES DE LAS ARMAS DEL EJÉRCITO. Son suboficiales de las armas del Ejército todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar con los oficiales en el mando y la conducción de los elementos de combate y de apoyo de combate del Ejército.[13]	ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.[14]

[11] Corte Constitucional Sentencia C – 178 de 2014
[13] Decreto Ley 1104 del 2006
[14] DECRETO-LEY 1793 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000

Los elementos de combate y de apoyo de combate en el Ejército, son aquellos que operan dentro de las modalidades y características de la Infantería, la Caballería, la Artillería, los Ingenieros, la Aviación, la Inteligencia Militar y las Comunicaciones.[12]		

A partir de esta distinción, es posible concluir que los soldados profesionales tienen una labor de campo en combate y no poseen ninguna facultad de mando para con los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares. Así pues, no se está frente a grupos que poseen características iguales con un tratamiento desigual. Contrario sensu, es evidente que al ser grupos desiguales, el legislador tiene la posibilidad de plantear disposiciones disímiles.

3.2. De la prima de navidad.

Mediante el artículo 116 del Decreto 2337 de 1971[15] se reglamentó la prima de navidad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo y como partida computable para su asignación de retiro.

Por otro lado, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 menciona de forma taxativa las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares en las asignaciones de retiro:

> *"ASIGNACIÓN DE RETIRO*
> *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:*
> *13.1.1 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 6° del presente Decreto.*

[12] Decreto Ley 1790 del 2000
[15] Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

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 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."

En lo referente a las partidas computables que deben ser tomadas en cuenta para la asignación de retiro de los soldados profesionales, el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación[16] hizo un estudio completo al caso en que nos compete, estableciendo lo siguiente:

> *"La voluntad del legislador al determinar los principios del Sistema de Seguridad Social es invocar que exista 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."[17] Así pues, debe examinarse las partidas sobre las cuales se realizan aportes y aquellas que serán tenidas en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro.*

[16] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19
[17] Gaceta del Congreso núm. 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 024 de 2004, Cámara. Página 3.

ARTÍCULO 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.	***ARTÍCULO 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.***
Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: *17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.* *17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en 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%).* *17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.*	*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.*[18]

"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. (…) 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

[18] DECRETO 4433 DE 2004

miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto. […]»[19]"[20]

"(…) 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. (…) 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, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública."[21]

Así pues, si bien la prima de navidad es un factor salarial para los soldados profesionales, esta no fue tenida en cuenta por el legislador como un concepto para aportar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, así como tampoco fue considerada como partida computable para la asignación de retiro del soldado profesional.

4. CASO CONCRETO.

4.1. Hechos probados.

- Petición elevada por el señor Rodrigo Peña Acosta ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL en fecha 12 de diciembre de 2016, en la que solicita la modificación, reconocimiento y liquidación de la partida computable prima de navidad.[22]

- Certificado CREMIL 105487 y con número de consecutivo 2016-85923 expedido por la entidad accionada en fecha 29 de diciembre de 2016, por medio del cual da respuesta a la solicitud de reajuste de la asignación de retiro por prima de navidad presentada por el actor, en el que señala que no se atiende favorablemente la petición, con ocasión a lo designado en la norma de forma taxativa.[23]

- Presentación de recurso de reposición y subsidiario de apelación

[19] Sentencia C-126 de 2000.
[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19
[21] ibídem
[22] Folios 8-9 cdr.1
[23] Folio 11 cdr.1

elevada por el señor Rodrigo Peña Acosta ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL en fecha 16 de enero de 2017, en la que solicita se revoque la decisión recurrida.[24]

- Certificado CREMIL 1781 y con número de consecutivo 2017-33650 expedido por la entidad accionada en fecha 06 de febrero de 2017, por medio del cual da respuesta a los recursos presentados, exponiendo que no son procedentes, teniendo en cuenta que el oficio objeto de recurso, no contiene una decisión.[25]

- Certificación de proyección de asignación de retiro del Señor Rodrigo Peña Acosta, expedida por CREMIL.[26]

- Hoja de servicios No. 4-83056980, expedida en fecha 18 de agosto de 2011 por el Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Armada Nacional.[27]

- Resolución No. 4522 del 26 de septiembre de 2011, "*Por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro del señor Infante De Marina Profesional (r) de la Armada Rodrigo Peña Acosta*", expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.[28]

- Constancia de tiempo como soldado voluntario computable para el reconocimiento de la prima de antigüedad.[29]

4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Aterrizando al caso en estudio, considera la Sala que, no le asiste razón al demandante, cuando pretende que su asignación de retiro sea reajustada al añadir la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable, con el argumento que se vulneraría el principio constitucional a la igualdad y el principio de progresividad de los derechos sociales.

Una vez revisada la proyección de asignación de retiro[30], al demandante se le tuvo como partidas computables el 70% del salario mensual, adicionado un 38.5% de la prima de antigüedad, lo cual corresponde con

[24] Folio 12 cdr.1
[25] Folio 13 cdr.1
[26] Folios 18 cdr.1
[27] Folio 16 cdr.1
[28] Folios 14-15 cdr.1
[29] Folio 17 cdr.1
[30] Ver folios 18 cdr.1

lo ordenado por el: Decreto 33 de 2011, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

Así las cosas, teniendo en cuenta la normatividad referida, se estableció en el Decreto 4433 de 2004: *"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."*. Así, es claro que la duodécima parte de la prima de navidad no hace parte de manera taxativa de las partidas computables para la asignación de retiro del soldado profesional. A su vez, en reiterados pronunciamientos de las Altas Cortes se ha manifestado que esto no vulnera el Derecho constitucional a la igualdad.

Bajo este entendido, la Sala observa que CREMIL realizó el reconocimiento de la asignación de retiro conforme a las normas que regían la materia para el momento en que se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del señor Rodrigo Peña Acosta, esto es, el **26 de septiembre de 2011**.

Así las cosas, estima la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

5. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-001-2017-00139-01**
Accionante	**RODRIGO PEÑA ACOSTA** clgomezl@hotmail.com
Accionada	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** notificacionesjudiciales@cremil.gov.co abogadoscitybank@yahoo.com
Tema	**REAJUSTE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO POR LA PRIMA DE NAVIDAD**
Magistrado Ponente	**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**