REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Magistrada ponente: Beatriz Teresa Galvis Bustos

Neiva, treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	**:**	**410013333009-2019-00048-01**
Demandante	**:**	**SAULO CEBALLOS YATACUE**
Demandado	**:**	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-**
Asunto	**:**	**REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO - PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y DOCEAVA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD**
Acta	**:**	**21**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que **negó** las pretensiones de la demanda.

CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal

efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, así se observa en la citada norma:

> "(…) *ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (…).".*

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe a la reliquidación de la asignación de retiro con la aplicación correcta de la prima de antigüedad que percibe el actor por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, asunto respecto del cual esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado una postura consolidada y reiterada, sustentada en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Sala se encuentra habilitada para resolver el presente caso de manera anticipada, máxime que se encuentra dentro de los temas que según el Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018 de esta Corporación ameritan se profiriera decisión con antelación.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

El demandante Saulo Ceballos Yatacue, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares —CREMIL—, con el fin que se hagan las siguientes declaraciones[1]:

[1] fols. 3 a 4

"1) Declarar la nulidad del Acto Administrativo N°2019-3142 de fecha 22 de enero de 2019 mediante el cual, la ***CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES*** *negó las siguientes peticiones:*

> *A. La* ***reliquidación de la asignación de retiro*** *de mi poderdante; dándole* ***correcta aplicación al artículo 16° del decreto 4433*** *de 2004, que indica que al* ***70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.***
>
> *B. La* ***inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad,*** *liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

2) Como consecuencia de las anteriores declaraciones, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la ***CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES*** *a:*

> *A. A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5 de la prima de antigüedad.*
>
> *B. A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro. ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 5° DEL DECRETO 1794 DE 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo* ***13.1.8*** *del decreto 4433 de 2004.*

3) Que, en virtud de las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro de mí representado, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitada en los numerales anteriores.

4) Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA y 280 del CGP.

5) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo192 y 195 del CPACA concordante con lo dispuesto sobre la materia en el CGP (Sentencia C- 188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

6) Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho".

1.2. Hechos

Para fundamentar las pretensiones expuso[2] los siguientes hechos:

1.2.1. El señor Saulo Ceballos Yatacue, ingresó a la entidad demandada como Soldado Regular, una vez terminado el periodo reglamentario, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, se incorporó como soldado voluntario.

1.2.2. A partir del 1° de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército, fue promovido como Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de las Fuerzas Militares.

1.2.3. Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, CREMIL le reconoció una asignación de retiro, mediante Resolución No. 7344 del 14 de septiembre de 2017, desde entonces, la demandada viene liquidando su asignación teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 40% del mismo y aplicando el 70% a la sumatoria entre la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad.

1.2.4. El demandante solicito el 11 de enero de 2019 ante la demandada la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del 100% de la prima de antigüedad y la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad, conforme lo señala el Decreto 4433 de 2004.

1.2.5. La entidad demandada con oficio No. 2019-3142 del 22 de enero de 2019 negó la reliquidación solicitada.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación[3]

[2]fols. 4 a 5

La parte demandante señaló como violadas las disposiciones contenidas en el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; las Leyes 131 de 1985, 4 de 1992 y 923 de 2004, y los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Como sustento de lo anterior, indicó que desde que fue reconocida la asignación de retiro al actor, la Caja demandada viene liquidando la prestación tomando como base de liquidación la de un salario mínimo incrementado en un 40%, inaplicando el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 atinente a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, lo que es abiertamente inconstitucional e ilegal, al contrariar el principio de progresividad y los derechos adquiridos.

Asimismo, la entidad demandada hace una indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, generando una doble afectación a la partida prima de antigüedad, que va en detrimento del monto de la mesada que se le cancela al actor, siendo esta de menor valor a la que se le debe de cancelar, afectándose de esta manera su mínimo vital.

Señaló que la entidad demandada incurrió en falsa motivación por cuanto los postulados normativos y de interpretación jurisprudencial y doctrinarios respecto del porcentaje en que debe incrementarse la asignación de retiro del demandante, erróneamente fue interpretado, negando los derechos reclamados, sin tener un fundamento jurídico que legitime las decisiones tomadas por parte de la administración pública.

[3] Folio 5 a 22

Considera que la norma es violatoria del principio de igualdad pues a las Soldados Profesionales no se les reconocen las mismas partidas que para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Señala que la jurisprudencia ha establecido que la vulneración al derecho a la igualdad en personas en condición de discapacidad constituye un acto discriminatorio, lo cual se traduce en la aplicación del Decreto 4433 de 2004 frente a los Soldados Profesionales respecto de los demás militares, ya que a estos últimos se le tiene en cuenta el 100% de las partidas computables generándose un trato diferenciado respecto de los primeros.

2. Trámite procesal

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue presentada el 15 de febrero de 2019 ante la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva (fl. 33 principal), correspondiéndole por reparto al Juzgado Noveno Administrativo de Neiva, despacho judicial que mediante auto del 7 de marzo de 2019 la admitió y ordenó las notificaciones de rigor (folio 35).

La diligencia de notificación se surtió a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de la Caja de Retiro de las Fuerza Militares –CREMIL-, de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público de conformidad con la documental que obra a folio 36 a 40.

2.2. Contestación de la demanda

A través del escrito radicado el 26 de junio de 2019[4], la apoderada de la entidad demandada acepta los hechos relacionados con la actividad del

[4] Folios 43 a 48

demandante, el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, y se opone a las declaraciones y condenas.

En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, afirma que se encuentra suficientemente clara la norma en el sentido que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague la asignación de retiro, así: salario básico = SMLMV (100%)+ (incremento en un 40%) =140, sobre prima de antigüedad = 38.5%, además tiene derecho al 70%= (sueldo básico + 38.5% prima de antigüedad).

En relación al reajuste del 20% de la asignación de retiro, indicó que se le dará aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016 para liquidar la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2 del artículo 1 del decreto 1794 de 2000.

Propuso las excepciones de mérito de *no configuración a la violación del derecho a la igualdad,* pues fue el legislador el que estableció los parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004; *legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - correcta aplicación de las disposiciones legales*; debido a que las actuaciones se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; *no configuración de la causal de nulidad,* porque toda la actuación de la entidad fue realizada con las normas aplicables al caso*; no procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL,* dado que la entidad ha actuado con apego de la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, finalmente solicita no ser condenado en costas y agencias en derecho.

2.3. Audiencia inicial

A través de providencia del 7 de octubre de 2019 (folio 65), el Juzgado Noveno Administrativo de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 28 de octubre de 2019 a las 9:00 a.m.

En la data señalada se llevó a cabo la diligencia, en la cual se surtieron las etapas correspondientes. La entidad demandada no propuso excepciones previas.

Por otro lado, se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda en los siguientes términos:

> *"Si los demandantes tienen derecho a que se les reliquide la asignación de retiro dándole correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, además de incluirse como partida computable la duodécima parte de navidad prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*
>
> *Por su parte la entidad demandada sostiene que no existe la configuración de violación al derecho a la igualdad en los casos que nos ocupan, puesto que la vulneración de dicho principio se predica ente iguales y fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro a través del decreto 4433 de 2004, ello en lo que tiene que ver con la duodécima parte de la prima de navidad".*

En la etapa de decreto de pruebas el A quo señaló que se tendrían como pruebas los documentos allegados con la demanda, dándoles el valor que les asigne la ley; se negaron las pruebas solicitadas y el despacho judicial no encontró prueba de oficio para decretar. Ante la no interposición de recursos contra esta decisión y siendo el asunto de puro derecho, el A quo dio por cerrado el debate probatorio y otorgó el uso de la palabra a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. Igualmente, señaló que dictaría sentencia en los términos del inciso final del artículo 179 del CPACA.

2.4. Alegatos de conclusión

La apoderada de la *parte demandante* reiteró los supuestos fácticos y de derecho expuestos en la demanda, señalando que la entidad debe efectuar la correcta aplicación de la fórmula que liquida la partida prima de antigüedad y debe incluirse la duodécima parte de la prima de navidad establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Entre tanto, la *entidad demandada* ratificó los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, manifestando que ha dado una aplicación correcta a la prima de antigüedad, y en lo que respecta a la prima de navidad no le es aplicable al actor en virtud del grado de ostenta.

El **Ministerio Público** no compareció.

2.5. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante sentencia del 28 de octubre de 2019[5], **negó las pretensiones de la demanda**, al resolver:

> *"**PRIMERO: CASOS 1, 2, 3, 4 Y 5 DENEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la motivación.*
>
> ***SEGUNDO: CASOS 1, 2, 3, 4 Y 5 MANTENER INCÓLUME** la legalidad de los actos administrativos demandados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CASOS 1, 2, 3, 4 Y 5 SIN CONDENA EN COSTAS** en esta instancia.*
>
> ***CUARTO: CASOS 1, 2, 3, 4 Y 5 ARCHIVAR** los expedientes, una vez en firme la presente sentencia, previos los Registros en el Sistema de Información de Procesos y Manejo Documental (Justicia XXI)*
>
> ***QUINTO: NOTIFICAR** esta sentencia en la forma indicada en el articulo 202 de la Ley 1437 de 2011 y ADVERTIR que contra esta sentencia procede recurso e apelación el cual se podrá interponer y sustentar en esta misma audiencia o dentro del termino señalado en el articulo 247 ibidem".*

[5] fols. 67 a 70

El A quo refirió que en el presente caso no sería procedente el reajuste de la asignación de retiro del actor, pues consideró que la prima de antigüedad fue liquidada en la forma ordenada por la norma y la sentencia de unificaron del Consejo de Estado, señaló que teniendo en cuenta la certificación de partidas computables allegada, se tiene que la liquidación se acompasa con los porcentajes ordenados en la norma como son el porcentaje de liquidación del 70% frente al sueldo y a esto se le adiciona el 38.5% de prima de antigüedad, conforme lo hizo la demandada.

En ese orden, indicó que, al verificarse la liquidación hecha al momento de reconocer la asignación de retiro al actor, la entidad actuó conforme a derecho y, por tanto, no hay lugar a realizar reajuste alguno.

De otra parte, frente a la **inclusión de la prima de navidad**, consideró que no hay vulneración del principio de igualdad, pues al aplicar el criterio de comparación, no es válido asemejar a los miembros de las fuerza militares como iguales, pues esa precisamente es la importancia de su condición o grado, en ese aspecto señaló que las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro, son solamente el sueldo y la prima de antigüedad, para los soldados profesionales, no pudiéndose incluir otros factores o bonificaciones como la duodécima parte de la prima de navidad, en ese orden de ideas, no hay lugar a realizar dicho reconocimiento.

2.6. El recurso de apelación

Mediante escrito del 13 de noviembre de 2019[6], el apoderado de la ***parte actora,*** allegó escrito de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, y se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto la misma resultó desfavorable a sus intereses, pues la

[6] Fls. 93 a 95

Juez de primera instancia consideró que la Caja de Retiro de las Fuerza Militares en la resolución mediante la cual se reconoció la asignación de retiro, aplicó la liquidación de la misma conforme los parámetros establecidos en el Decreto 4433 de 2004.

No obstante, precisó respecto a la prima de antigüedad, que al hacer la liquidación de la asignación de retiro, la interpretación de la norma por parte de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a percibir esta prestación, pues, considera que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho

De igual forma indicó, que resultaba evidente el trato diferencial y discriminatorio hacia los soldados profesionales con respecto del personal de oficiales y suboficiales, cuando a estos últimos se les permite la inclusión de la prima de navidad como partida computable para su asignación de retiro, pensión de invalidez y sobrevivencia, mientras que para el personal de soldados profesionales se niega dicha posibilidad, por lo que en virtud de los parámetros establecidos en la constitución se encuentra acreditada la vulneración abierta de dichos preceptos ya que claramente no existe un fundamento racional y objetivo que permita fundadamente el reconocimiento de dicha prestación al personal de oficiales y suboficiales, entre tanto le sea negado a los soldados profesionales.

2.7. Tramite en segunda instancia

El 18 de noviembre de 2019, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva concedió el recurso de apelación impetrado por la parte demandante, el cual fue admitido por el Tribunal el 5 de diciembre de 2019[7].

Mediante auto del 23 de enero de 2020[8], se ordenó dar traslado a las partes para alegar de conclusión en segunda instancia.

2.7.1. Parte demandante

A través de escrito radicado el 6 de febrero de 2020[9] alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda y el escrito de apelación

2.7.2. Parte demandada

Guardo silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

Se tiene que dentro del asunto de la referencia interpuso recurso de apelación la *parte demandante* con el fin de que se revoque la sentencia de fecha 28 de octubre de 2019, en relación a la aplicación correcta del porcentaje de la prima de antigüedad, y la prima de navidad de que trata el Decreto 4433 de 2004.

De acuerdo con lo anterior, se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, al cual se acude por remisión del artículo 306 de la Ley

[7] Folio 4 cdno. Segunda Instancia
[8] Folio 16 C 2 Instancia
[9] Folio 28 cdno. Segunda Instancia

1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

En efecto, el inciso primero del artículo referido preceptúa lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. 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.*
> *Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (…)"*

En ese contexto es claro que cuando se trata de apelante único el *Ad quem* solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el Juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

Adicionalmente, en este caso ningún reparo encuentra la Sala respecto de la oportunidad en la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, por lo que siendo ello así se abordará el estudio del presente asunto atendido los aspectos en los que la parte demandada ha sustentado la apelación.

Así las cosas, según el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, al Tribunal se le asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3.2. Planteamiento del caso

En el presente asunto *la parte actora* controvierte la nulidad del oficio No. 2019-3142 del 22 de enero de 2019, mediante el cual la Entidad demandada le negó el reajuste de la asignación de retiro con la eventual aplicación

correcta de lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

Como restablecimiento del derecho pretende se ordene a la demandada el reajuste de la asignación de retiro, a partir de su reconocimiento a la fecha, debidamente indexado e incluyendo los intereses moratorios.

Por su parte, *la parte demandada* aduce que aplicó correctamente la fórmula de liquidación de la asignación de retiro en cuanto al reconocimiento y pago de la prima de antigüedad y, frente a la prima de navidad refiere que no hay lugar a reconocimiento, pues la misma no está regulada por ley para los Soldados Profesionales. Finalmente indica que sus actuaciones se ajustaron a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

Entre tanto, *la sentencia de primera instancia* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la liquidación de la asignación del retiro del actor se hizo en debida forma, pues se aplicó el 70% al salario básico y a este resultado se le aplico el 38.5% por concepto de prima de antigüedad, finalmente consideró que no hay vulneración al principio de igualdad en lo que respecta a la no inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, pues, debe predicarse igualdad entre iguales y es lógico que por el grado que ostentan y las funciones que tienen los oficiales, suboficiales y soldados de las fuerzas militares, no se puede asimilar que los mismos tengan los iguales derechos prestacionales, conforme lo indicó la sentencia de unificación que respeto al tema emitió el Consejo de Estado.

La parte *demandante* inconforme con la decisión, la apeló, solicitando revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demandada, pues la entidad demandada no ha dado correcta aplicación a las partidas y porcentajes aplicables a la prima de antigüedad y no ha efectuado la inclusión de la prima de navidad como

partida que debe tenerse en cuenta para la liquidación de las asignaciones de retiro de los Soldados profesionales.

3.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si en virtud del recurso de alzada, existe mérito para revocar la sentencia a través de la cual el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva negó las pretensiones de la demanda incoadas por el señor Saulo Ceballos Yatacue, para dilucidar sí como lo aduce el recurrente no fueron válidamente incluidos los porcentajes de la prima de antigüedad en la asignación de retiro y si debe incluirse la prima de navidad como factor en la liquidación de la misma.

Para resolver el problema jurídico la Sala inicialmente analizará el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso en estudio; seguidamente, se procederá a establecer los hechos probados y, luego, se abordará el estudio del caso concreto.

3.4. Marco normativo y jurisprudencial

3.4.1 De la asignación de retiro de los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004[10] señaló que los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento de una asignación de retiro, así:

i) cuando cumplan 20 años de servicios,
ii) equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 de la misma norma.
iii) adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada

[10] Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al disponer que el salario mensual sería el indicado en el numeral 13.2.1 de esa norma, lo que estableció fue que la partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales sería el "Salario mensual en los términos del **inciso 1º** del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000", que dispone:

> *"**ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)."*

A su vez el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, regula los aportes que los soldados profesionales en servicio activo deben realizar a Cremil, norma que indica:

> *"**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."

Al revisar esta norma, es evidente que la cotización para la asignación de retiro se efectúa por parte del soldado profesional sobre el salario mensual y la prima de antigüedad en los porcentajes allí descritos, esto es, se tiene el salario mensual como efectivamente lo devengue el uniformado, por lo que el que percibe aumentado en el 40% realiza cotización sobre este monto, y aquel que lo devenga aumentado en el 60% lo hace sobre tal cuantía.

Si se realiza una interpretación gramatical del artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, la conclusión sería que independientemente de si se realizaron cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 40%, o en el 60%, la asignación de retiro se liquidaría sobre el salario aumentado en el 40%.

Sin embargo, el Consejo de Estado en **sentencia de unificación del 25 de abril de 2019**[11], determinó que una interpretación gramatical del artículo 13.2.1 ibídem estaría desconociendo los valores sobre los cuales efectivamente se realizaron las cotizaciones de los destinatarios del inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, señalando que esta situación "ofrece un tratamiento inequitativo para aquellas personas que, habiendo realizado aportes sobre un salario mayor, reciben una mesada igual a quienes contribuyeron al sistema en el mismo porcentaje, pero sobre un ingreso inferior. Lo que genera detrimento del principio de igualdad material frente al derecho a que la mesada pensional corresponda a lo efectivamente cotizado de aquellas que sí gozan de tal garantía."

[11] C.E. Secc. Segunda. Sent. 2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19. Abr. 25/2019. M.P William Hernández Gómez.

Por lo tanto, concluyó en la sentencia en estudio, lo siguiente:

> *"A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:*
> *La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es,* ***un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.*** *Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.*
> *Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%".*

Establecidas las pautas de liquidación de la asignación de retiro respecto a la asignación mensual, se procede a estudiar las partidas a incluir y la forma de liquidación.

3.4.3 Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 dispuso que la asignación de retiro para los soldados profesionales retirados con 20 años de servicios y finalizados los 3 meses de alta, se reconocerá por CREMIL así: "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", sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La interpretación dada por CREMIL a esta normativa ha sido la de sumar el salario y la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70%, así: (Salario + prima de antigüedad)* 70%=Asignación de Retiro.

Sin embargo, los soldados profesionales han solicitado a través de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, como es el presente caso, la interpretación normativa, según la cual el 70% solamente afecta a la asignación mensual y no a la prima de antigüedad, así: (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

A juicio de la sentencia de unificación en estudio[12], la interpretación debe ser esta última, pues considera que es clara la norma al establecer que el 70% debe calcularse de la asignación mensual y adicionarse con el 38.5% de la prima de antigüedad y, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre qué concepto debe ser afectado con el porcentaje del 70%, lo adecuado sería adoptar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que es el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio, en aplicación del principio de favorabilidad.

Por lo anterior, concluyó al respecto:

> *"De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.*
> *Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:*
> *(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro. (…)*
> *También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a*

[12] C.E. Secc. Segunda. Sent. 2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19. Abr. 25/2019. M.P William Hernández Gómez.

obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.
Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior."

3.4.4 Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad

En la mencionada sentencia de unificación se realizó el estudio de la vulneración al derecho a la igualdad, toda vez que el demandante consideraba que la duodécima parte de la prima de navidad debía computarse en la asignación de retiro de los soldados profesionales, tal y como se hace en la de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Al respecto el Consejo de Estado señaló que:

> *"**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.*
> 1. *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"*

De ahí que, según el precedente jurisprudencial, no existe vulneración alguna al derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que se trata de grupos de diferentes, como lo son los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, que se encuentran en situaciones de jerarquía distinta. Además, que cada

personal realiza cotizaciones o aportes sobre las diferentes partidas, pues existen diferencias entre los aportes que realizan de los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de la institución.

3.5. Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo[13], pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada en el expediente encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso de alzada, lo siguiente:

A partir de la hoja de servicios del señor Saulo Ceballos Yatacue encuentra la Sala acreditado que el mismo estuvo vinculado al Ejército Nacional durante 20 años, 6 meses y 9 días, inicialmente en condición de soldado regular, posteriormente como soldado voluntario, luego fue incorporado como soldado profesional a partir del 1 de noviembre de 2003 (folio 28).

Que a través de la Resolución No. 7344 del 14 de septiembre de 2017 le fue reconocida la asignación de retiro, a partir del 31 de octubre de 2017 (folio 29 y 30).

Mediante petición radicada ante la entidad demandada el 11 de enero de 2019, el demandante solicitó el reajuste de la asignación de retiro en un 60% y la correcta liquidación de la prima de antigüedad y la inclusión de la prima de navidad (folio 25 y 26), solicitud que fue negada con el oficio No. 2019-3142 del 22 de enero de 2019 (folio 24).

[13]Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013, proferida dentro del expediente 25022, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

Según el "Complemento Hoja de Servicio No. 3-12240427" (fl. 53 v/to) las partidas computables de la asignación de retiro del demandante según el salario del año 2016 son las siguientes:

Descripción	Porcentaje	Valor
SUELDO BÁSICO	SMLV+40%	1.180.347
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.5%	318.104
SUBSIDIO FAMILIAR	(4%) (30%)	221.315

3.6. Caso concreto

Conforme se registró en precedencia, el actor solicitó la nulidad del oficio No. 2019-3142 del 22 de enero de 2019, que negó el reajuste de la asignación de retiro.

Como restablecimiento del derecho pretende se ordene a la demandada liquidar la asignación de retiro aplicando de forma correcta el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad que se liquida sobre el 100% del salario y la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad.

De los antecedentes administrativos aportados al expediente, se logra establecer que:

El demandante según hoja de servicios que obra a folio 81 prestó sus servicios así:

Grado	Fecha de inicio	Fecha de finalización
Soldado Regular	8 de enero de 1997	31 de julio de 1998
Soldado voluntario	1 de agosto de 1998	31 de octubre de 2003
Soldado profesional	1 de noviembre de 2003	31 de julio de 2017
Asignación de retiro	31 de julio de 2017	31 de octubre de 2017

tres meses de alta		

Le fue reconocida la asignación de retiro a través de la Resolución No. 7344 de 14 de septiembre de 2017, señalando que su reconocimiento y pago se haría a partir del 31 de octubre de 2017, de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2209 del 30 de diciembre de 2016) 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 38.5% de la prima de antigüedad[14].

Ahora bien, según el documento certificación de partidas computables allegada al expediente, al demandante se le ajustó su salario en un 40% adicional (respecto a este porcentaje no se elevó pretension en el subjudice) y sobre este se liquidó la prima de antigüedad en un 38.5%, es decir que, en principio, cumplió con la regla de unificación del Consejo de Estado, la cual señala que el porcentaje de la prima de antigüedad se debe liquidar sobre el 100% del salario, pero como lo afirmó la apoderada de la entidad demandada, sobre la asignación básica computada con la prima de antigüedad se aplicó un 70%, afectando así la prima de antigüedad; interpretación que no se acompasa con lo señalado por el órgano de cierre de esta jurisdicción, pues la prima de antigüedad no puede verse disminuida al reconocerse un 70% de la misma.

Así las cosas, al observar la documental obrante dentro del plenario que esboza la forma de liquidación de la asignación de retiro del demandante, de la cual se concluye que se dio una errónea aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues se aplicó un 70% sobre la prima de antigüedad.

En esa medida, observa la Sala, que la entidad debe aplicar la norma aludida que gobierna las asignaciones de retiro del personal de soldados

[14] Folios 29 y 30

profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio, calculando el porcentaje de la prima de antigüedad a partir del valor del 100% del salario mensual, que la ley prevé, **protegiendo el derecho que le asiste al actor a que su asignación de retiro se liquide el 70% del salario mensual, adicionado 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, liquidada sobre el 100% del salario,** sin que esta sea afectada por otro porcentaje, en consecuencia, **se revocará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo demandado en cuanto no tuvo en cuenta la liquidación como corresponde de la prima de antigüedad en la asignación de retiro** del demandante en los términos solicitados, por lo que siendo ello así, se dispondrá el restablecimiento del derecho en los siguientes términos:

Se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar la asignación de retiro del Soldado Profesional Saulo Ceballos Yatacue tal como lo ordena el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es aplicando la siguiente liquidación: Asignación de Retiro = (Asignación básica * 70%) + (100% del salario * 38.5%), esta última que corresponde a la Prima de Antigüedad, las diferencias de las mesadas serán actualizadas con la formula descrita en la sentencia de primera instancia.

Aclara la Sala que no hay lugar a declarar prescripción de mesadas, pues la asignación de retiro del demandante fue efectiva a partir del 31 de octubre de 2017 y la solicitud de ajuste se presentó el 11 de enero de 2019 (fl. 25), es decir dentro de los tres años que señala el Decreto 4433 de 2004.

En resumen, le asiste razón al recurrente, al señalar que se debe revocar la decisión de primera instancia, pues como se observa en lo relacionado con el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, la entidad demandada afecta doble vez dicha partida

computable al aplicarle un porcentaje del 70% a la totalidad de la operación aritmética.

3.6.1 Duodécima parte de la prima de navidad

De otro lado, es menester determinar si hay lugar a incluir como partida computable en la asignación de retiro del demandante la denominada prima de navidad en una doceava parte, apelando al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, toda vez que la misma es reconocida a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Ciertamente, el artículo 95 del Decreto 1211 de 1990, dispone: "*Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a percibir anualmente del Tesoro Público una prima de Navidad equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo".*

A su vez, el artículo 5º del Decreto 1794 de 2000, preceptúa que: *"El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año".*

Es decir que tanto los soldados profesionales como los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares devengan en actividad una prima de navidad, sin embargo, se evidencia que la forma en que se liquida la mencionada prestación para cada una de estas categorías de funcionarios, es diferente.

Los oficiales y suboficiales perciben una prima de navidad equivalente a **todos los haberes devengados en el mes de noviembre** del respectivo

año, mientras los soldados profesionales devengan la mentada prima teniendo en cuenta tan solo **el cincuenta por ciento del salario básico devengado en el mes de noviembre**.

Ahora bien, al momento de reconocer la asignación de retiro de los mencionados miembros de las Fuerzas Pública, también se presentan ciertas divergencias.

El numeral 1º del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece como partida computable en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, las siguientes:

> *"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 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****." (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

De otro lado, el numeral 2º del mencionado precepto señala como partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales, las siguientes:

> *"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".*

El parágrafo único del artículo ibídem dispone que: *"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."*

De conformidad con los preceptos anteriormente transcritos, no resulta jurídicamente viable acceder a lo pretendido por el demandante en razón a que la prima de navidad no fue reconocida en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

De otro lado, no existe un trato diferenciado al incluir la prima de navidad en las asignaciones de retiro de suboficiales y oficiales, pero no a los soldados profesionales.

En primera medida, es menester aclarar que en términos de la Corte Constitucional: *"no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio"*, y por ello ha reiterado que, *"la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio"*, puesto que el primero resulta incluso obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida[15].

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, el Tribunal Constitucional determinó la forma en que se debe realizar el análisis de una norma, en virtud de un supuesto desconocimiento del principio de igualdad, al identificar las ventajas y debilidades del test de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el test de igualdad que desarrolló la Corte Suprema de Estados Unidos, a fin de adoptar el denominado "*juicio integrado de igualdad*"[16].

15 C. Const., Sent. C-161, abr. 7/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
16 C. Const, Sent. C-035, feb. 8/2016. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado

También, esa alta corporación definió el proceso para la aplicación del mencionado juicio, en los siguientes términos:

> *"El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.*
> *Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios, los cuales se explicarán a continuación."*[17]

En el caso bajo es estudio es del caso aplicar el juicio integrado leve de igualdad, toda vez que no se presentan ninguna de las siguientes circunstancias: (i) criterios sospechosos a los que alude el artículo 13 de la Constitución (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica), (ii) grupos históricamente marginados o discriminados, o (iii) sujeto en condición de debilidad manifiesta.

Una vez expuesto el método a aplicar en la presente providencia, procede la corporación al estudio del caso concreto, a fin de determinar si el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 soslaya el derecho a la igualdad del demandante como éste lo alega, o si, por el contrario, la diferenciación realizada en el mentado artículo resulta ajustada a la Carta Política.

Criterio de comparación

17 C. Const, Sent. C-104, mar. 2/2016 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez

Las etapas del juicio integrado de igualdad pretenden establecer si los sujetos de derecho y supuestos de hecho son comparables, circunstancia que no se presenta en el sub iúdice, pues si bien, tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales pertenecen a las fuerzas militares, entre ellos existen evidentes elementos diferenciadores, entre los que se destaca las tareas, responsabilidades y deberes propios del cargo.

Así, es competencia de los soldados profesionales actuar en las unidades de combate y apoyo de las fuerzas y ejecutar las operaciones militares en aras de conservar y restablecer el orden público. De otro lado, los suboficiales son un mando medio con funciones de apoyo a los oficiales, quienes ejercen el mando y conducción de la tropa, los equipos de combate, las operaciones y unidades, lo que permite establecer que no hay equivalencia entre las funciones ejercidas por unos y otros.

Sumado a lo anterior, es del caso precisar que los oficiales y suboficiales tienen un sistema de ingreso y ascenso diferente, evidentemente mucho más estricto, puesto que desempeñan funciones de confianza, dirección y manejo que exige una mayor experiencia, capacidad y responsabilidad, circunstancias que a su vez se ven reflejadas en la asignación básica, las primas y demás prestaciones devengadas.

Por tanto, estamos ante un trato desigual entre desiguales, por lo que mal podría considerarse que existe un factor caprichosamente diferenciador, pues las circunstancias de hecho que han sido puestas de presente obligan a que sea de esa manera, al no tratarse de funcionarios equiparables. Ante tal circunstancia, y teniendo en cuenta la segunda etapa del juicio integrado de igualdad, se observa que el trato desigual no es arbitrario e irracional, como pasa a exponerse.

Diferenciación constitucionalmente justificada

En esta etapa del juicio se deben analizar tres aspectos, veamos:

1. El fin buscado por la medida: El cual evidentemente no es otro que reconocer una asignación de retiro de mayor cuantía a quienes por sus funciones, calidades, conocimientos, competencias y responsabilidades, desempeñaron un cargo de mayor jerarquía.

2. Medio empleado: El medio empleado por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es establecer un mayor número de partidas computables en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales en relación con los soldados profesionales.

3. Relación entre medio y fin: Ciertamente, al reconocer un mayor número de partidas computables en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, será proporcionalmente más elevada en relación con los soldados profesionales.

Ahora bien, por tratarse de un juicio leve de igualdad, este se debe limitar a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último *"adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero"*[18].

En tal caso resulta constitucionalmente admisible que se remunere en mayor medida a quienes por sus calidades, cualidades y competencias se les ha asignado funciones con mayor envergadura y responsabilidades, contrario sensu: *"quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración,*

[18] C. Const., Sen. C-015 ene. 23/2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta".[19]

Por tanto, quienes ocupan un cargo de mayor jerarquía, desarrollan funciones con exigencias competencias o habilidades especiales, tienen derecho a percibir en contraprestación a sus servicios una mayor remuneración, circunstancia que finalmente se verá reflejada en la asignación de retiro.

En consecuencia, se trata de un fin y medio constitucionalmente válido e incluso conforme a los mandatos superiores, sumado a que el segundo resulta idóneo y adecuado para conseguir el primero, motivo por el cual es del caso concluir que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 supera el juicio integrado de igualdad, en consecuencia, no hay lugar a inaplicarlo por resultar constitucional.

Razonar de la forma en que lo hace el demandante sería tanto como considerar que ante cualquier diferenciación salarial y prestacional en cargos de distinta jerarquía se estaría violentando el derecho a la igualdad, máxime cuando, como quedó visto en precedencia, las diferenciaciones en la remuneración percibida por un soldado profesional, un oficial y suboficial se encuentran presentes desde el servicio activo, toda vez que la prima de navidad para los primeros es equivalente al 50% de la asignación básica y, en el caso de los segundos, es igual al 100% de la totalidad de haberes devengados en el mes de noviembre de cada año.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es del caso confirmar la decisión adoptada en primera instancia, en el sentido de negar lo pretendido en relación con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro del demandante,

[19] C. Const., Sen T-369, jul. 12/2016 M.P María Victoria Calle Correo

acogiendo los planteamientos efectuados, máxime que existe sentencia de unificación del Consejo de Estado,[20] en el sentido de indicar que las partidas computables son únicamente enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* no condenó en costas a la parte demandada, decisión respecto de la cual no se presentó reparo concreto, en consecuencia permanecerá incólume, atendiendo al principio de congruencia en las decisiones judiciales.

4.2.- Costas en segunda instancia

Es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas[21] para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto[22], preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365[23] consagra los elementos que determinan la imposición de

[20] C.E, Sec. Segunda, Sent. 2013-0026-01 (1701-2016), abr. 25/2019. M.P William Hernández Gómez.
[21] Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar avante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).
[22] "ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. 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."
[23] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección

costas así: *i) objetivo* en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y *ii) valorativo* en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

> *"(…)*
>
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.*
>
> *2. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*
> *(…)*
>
> ***3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda**.*
>
> *4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas en ambas instancias.*
>
> *5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
> *(…)*
>
> ***8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación**.*
> *(…)"*

Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5) de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

Del anterior análisis se colige que el asunto se subsume en los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), pues como primera medida, la sentencia de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; y como segunda, el legislador dispuso que *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

Por lo que una vez revisado el expediente, se advierte, que en esta instancia no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se ocasionaron erogaciones que conlleven a la imposición de costas en segunda instancia. Por lo tanto, no procede la condena en ese sentido.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. RESUELVE

PRIMERO.- **REVOCAR** los numerales primero y segundo, de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, en lo que respecta al caso No. 2; la cual quedara así:

> ***"PRIMERO:*** *Declarar la nulidad del oficio No. 2019-3142 del 22 de enero de 2019 proferido por la Caja De Retiro de las Fuerzas militares – CREMIL, de conformidad con las razones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO****: A título de restablecimiento del derecho* ***SE ORDENA*** *a la Caja De Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL a reliquidar y pagar en favor del señor Saulo Ceballos Yatacue, su asignación de retiro en los siguientes términos:*
>
> *Reajustar la asignación de retiro en el sentido de liquidar la prima de antigüedad tal como lo ordena el artículo 13 Numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004 esto es aplicando la siguiente liquidación: (Salario básico x 70%) + (salario básico x 38.5%) = asignación de retiro, a partir del 31 de*

octubre de 2017, fecha en que se adquirió el derecho, las diferencias de las mesadas serán actualizadas con la formula descrita por la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

En consecuencia de lo anterior reliquidar todas y cada una de las partidas computables que hacen parte integrante de la asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta la nueva base de liquidación generada por la aplicación de la formula antes señalada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo los demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas.

TERCERO: SIN condena en costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Quinta de Decisión en la sesión de la fecha.

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado