



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Neiva, veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE	: JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
RADICACIÓN	: 410013333009- 2018-00146 -01
DEMANDANTE	: WILFREDO MÉNDEZ ROBLES
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
MEDIO CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
SENTENCIA No.	: 14 - 05 - 59 - 20 / NRD 35 - 2 - 34
ACTA No.	: 036 DE LA FECHA

1. TEMA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo de Neiva.

2. ANTECEDENTES DE LA PRIMERA INSTANCIA.

2.1. Posición de la parte actora (f. 1 a 7).

Solicitó la nulidad del acto administrativo No. 0070117 de noviembre 03 de 2017 mediante el cual le negaron el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión de 1/12 parte de la prima de navidad, para que se le restablezca su derecho con el reajuste solicitado y se condene al pago del retroactivo y de las diferencias resultantes mediante sumas de dinero indexadas, más intereses de mora y costas.

El **sustento fáctico** señaló que prestó sus servicios al Ejército Nacional durante más de 20 años, primero cumpliendo el servicio militar obligatorio, luego como soldado voluntario desde el 1º de junio de 1996 bajo la Ley 131 de 1985 y continuó ejerciendo como soldado profesional a partir del 1º de Noviembre de 2003 conforme los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004, siendo posteriormente acreedor de la asignación de retiro reconocida mediante la Resolución N° 1016 de febrero 16 de 2016.

Manifestó que la entidad demandada liquidó incorrectamente dicha prestación, pues no tuvo en cuenta como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad

que es incluida para los demás miembros de las fuerzas militares y no para los soldados profesionales, siendo ello una discriminación injustificada (violación al derecho fundamental de igualdad).

Consideró **vulnerados** los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Carta Política; 206 a 214 del CCA, 10 de la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y, 4433 de 2004.

El **concepto de la violación** invocó la causal de anulación de haberse expedido el acto administrativo con violación o desconocimiento de las normas en que debió fundarse, pues desatendió su derecho a devengar una asignación de retiro justa y acorde a los preceptos constitucionales en cuanto realizó una liquidación inferior a la que le correspondía en igualdad con los demás miembros de la fuerza pública, a quienes se les incluyen más factores salariales, por eso se estarían vulnerando los derechos a la igualdad, trabajo y derechos adquiridos, suficientes para inaplicar por inconstitucional el artículo 13-13.2 del Decreto 4433 de 2004.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial (minutos 23:58 a 31:10), ratificó los argumentos de la demanda y la vulneración del derecho a la igualdad de acuerdo a la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección D, que encontró probado el trato discriminatorio ante la falta de inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

2.2. Posición de la parte demandada (f. 61 a 65).

Se opuso a **las pretensiones** y en relación con **los hechos** aceptó lo relacionado con el reconocimiento de la asignación de retiro a favor del demandante con efectos a partir de marzo 30 del mismo año y que el actor con oficio No. 101312 de octubre 25 de 2017 solicitó el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión de la 1/12 parte de la prima de navidad siendo resuelta en forma negativa con el oficio "2017-70118 de noviembre 03 de 2017" (sic).

Propuso como **argumentos de defensa: i)** inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad en la asignación de retiro del soldado profesional; **ii)** No configuración de la violación del derecho a la igualdad; **iii)** Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas; **iv)** No configuración de la causal de nulidad; **v)** No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL y la **excepción** de prescripción del derecho.

En general los argumentos se sustentan en que sus actuaciones se realizaron conforme a los preceptos Constitucionales y legales vigentes, atendiendo el régimen especial establecido para los miembros de las fuerzas militares y para el reconocimiento de sus prestaciones sociales en igualdad de condiciones, de acuerdo a los parámetros establecidos por el legislador¹, sin incurrir en las causales de nulidad invocadas².

Adujo que los soldados profesionales tienen derecho a una asignación de retiro sin incluir la doceava parte de la prima de navidad, según los artículos 13-13.2 y 16 del Decreto 4433 de 2004 (indicaron las partidas computables), pues existe una prohibición expresa de incluir primas, subsidios o partidas distintas a las señaladas por ley, además, porque los soldados profesionales no efectúan los respectivos aportes sobre esta prestación cuando están en actividad, como sí lo hacen los oficiales y suboficiales.

Señaló que en todo caso se produjo la prescripción del derecho que le pudiese asistir al demandante (artículo 43 del Decreto 4433 de 2004) por haber transcurrido más de 3 años desde que se hicieron exigibles los derechos recamados; concluyendo que en caso de prosperar parcialmente las excepciones propuestas, no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la entidad.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial (minutos 31:15 a 36:49), reiteró los argumentos de la contestación y se apoyó en sentencia del Tribunal de Cundinamarca³ indicando que no se puede incluir la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro de soldados profesionales en las mismas condiciones que se habría hecho con el subsidio de familia, pues esta última tenía como sustento el sostenimiento del núcleo familiar y tampoco aplicar un criterio de desigualdad pues llevaría a aceptar que todas las prestaciones de los oficiales y suboficiales sean reconocidas también a los soldados profesionales por ser el eslabón más bajo de las fuerzas militares y más cuando existe una norma que prohíbe computar en la asignación de retiro factores diferentes a las establecidas en por el legislador.

2.3. La sentencia de primera instancia (f. 72 a 75, 80 (CD)).

El Juzgado Noveno Administrativo de Neiva dictó sentencia en la audiencia inicial del 24 de enero de 2019, declaró probadas las excepciones de mérito: "inexistencia de

¹ Corte Constitucional, sentencia C- 387 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, donde en la misma citó la sentencia C- 472 de 1992, cuyo ponente es José Gregorio Hernández Galindo.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia No. 10051 de marzo 19 de 1998, con ponencia de Clara Forero de Castro.

³ Sección segunda, subsección B, sentencia del 16 de febrero de 2018 M.P. Alberto Espinosa Bolaños.

fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad en la asignación de retiro”, “legalidad de las actuaciones efectuadas en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, correcta aplicación de las aplicación (sic) de las disposiciones legales vigentes” y “no configuración de la causal de nulidad”, mantuvo incólume el acto administrativo demandado, no condenó en costas e hizo otras ordenaciones.

Lo anterior, luego de concluir que no existe una afectación del artículo 13 de la Constitución Política para aplicar la excepción de inconstitucionalidad deprecada y que el Decreto 4433 de 2004 derogó el Decreto Ley 1793 de 2000 regulando el régimen pensional de la fuerza pública, listando expresamente los criterios a tener en cuenta para acceder a la asignación de retiro y además de acuerdo con la Ley 923 de 2004, sólo deben incluirse las partidas sobre las cuales se realicen aportes.

Agregó que dicha norma contiene todos los principios rectores de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, etc., y dispuso que todo régimen pensional y asignación de retiro que se lleve a cabo contraviniendo sus disposiciones, carece de efecto y no constituye un derecho adquirido pues en su artículo 13 señaló las partidas computables para la asignación de retiro y en el numeral 13.1 para oficiales y suboficiales incluye la duodécima parte de la prima de navidad mientras que el 13.2 numerales 13.2.1. y 13.2.2 a los soldados profesionales sólo le son computables el salario mensual y la prima de antigüedad, con la prohibición expresa de incluir otros emolumentos no relacionados allí.

Precisó que no todo trato diferente es censurable desde el punto de vista constitucional, pues el artículo 13 prohíbe un trato desigual por razones de sexo, raza, origen, nacionalidad, etc., lo que significa que es admisible establecer diferencias con criterios razonables y objetivos, como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-220 de 2017 cuando previó que un trato diferente basado en razones constitucionalmente legítimas, es también legítimo.

Además, siempre han existido diferencias entre las asignaciones de retiro de soldados, oficiales y suboficiales, las cuales se justifican porque se trata del grado que ostenta cada uno en cuanto a capacidad y experiencia, les asisten distintas responsabilidades y funciones, entre otros aspectos que permiten regular de manera diferente el régimen salarial de los mismos, por eso la prima de navidad se encuentra regulada legalmente para oficiales y suboficiales como factor de cotización pero no para los soldados; discusión que no se puede asimilar al subsidio familiar, ya que su trato discriminatorio

quedó superado con la expedición del Decreto 1162 de 2014, en virtud del cual se ordenó incluir esta prestación a favor de los soldados profesionales.

Finalmente, encontró probado que al actor le fueron tenidas en cuenta las partidas computables que establece el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 que se ajusta a los criterios objetivos y principios de la Ley 923 de 2004, por eso no hay lugar a declarar la excepción de inconstitucionalidad y ordenar la reliquidación de la misma.

2.4. El recurso de apelación. (f. 82 a 84)

La parte demandante **solicitó** revocar la sentencia para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda pues la prima de navidad si es una partida que devengan los soldados profesionales de acuerdo con el Decreto 1794 de 2000 y la desigualdad entre miembros de la fuerza pública se hace evidente cuando esa partida no se aplica a los soldados profesionales quienes deben prestar sus servicios sometidos a grandes dificultades, lo que no se ve retribuido al momento de su retiro, pues pasan de recibir una asignación mensual de \$1'800.000 a una asignación de retiro de \$800.000 con las mismas obligaciones y necesidades de los oficiales y suboficiales.

Señaló que no existe una verdadera razón para negarles el acceso a un derecho que devengaron en actividad y que deben seguir percibiendo en su retiro para no ver desmejorados sus ingresos luego de más de 20 años de servicio, indicando que de acuerdo con la jurisprudencia para que exista un trato desigual debe comprobarse que existe una razón suficiente, pero eso no ocurre aquí que los soldados profesionales son el eslabón más bajo de la estructura piramidal de las fuerzas militares.

Adujo que los artículos 13 y 23 del Decreto 4433 de 22004 contienen una abierta contradicción de trato entre los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, pues a los oficiales y suboficiales les permiten múltiples partidas computables para mantener un ingreso congruo luego del retiro de la institución y a los soldados no, lo cual afecta también el principio de progresividad de los derechos sociales, ya que se causa una regresión en materia laboral, lo cual limita expresamente la constitución.

3. SEGUNDA INSTANCIA, CONSIDERACIONES.

3.1. Actuaciones procesales y alegaciones.

El recurso fue admitido por auto de julio 11 de 2019 (f. 4, C. 2ª I.); se corrió traslado para los alegatos con auto de agosto 1º de 2019 (f. 9, C. 2ª I.) pero las partes y el Ministerio Público guardaron silencio según constancia secretarial (f. 15 Id).

3.2. Competencia y validez.

La Corporación es competente para dirimir esta instancia de conformidad con el artículo 153 del CPACA y a ello se procede porque no se avizoran circunstancias que invaliden lo actuado; además las partes están legitimadas en causa por cuanto la parte demandada negó al actor el derecho laboral que pretende, a través del acto cuya nulidad se incoa; por eso el interés en que se decida sobre su validez.

3.3. Problema jurídico.

Se plantea al Tribunal resolver: ¿Debe revocarse la decisión recurrida, porque el acto administrativo que negó al actor el derecho al reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad, desconoció los principios de igualdad y progresividad que consagran las normas constitucionales invocadas como vulneradas?

La tesis del Tribunal es que se debe confirmar la sentencia recurrida, pues al actor no le asiste el derecho a que le sea incluida la doceava parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, lo cual se fundamenta en el análisis de las partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales sin afectar el derecho a la igualdad y el caso concreto.

3.4. Partidas computables para asignación de retiro de los soldados profesionales.

Los soldados profesionales, según el artículo 5° del Decreto 1794 de 2000, tienen derecho a percibir anualmente la prima de navidad (PN), equivalente a un 50% del salario básico (SB) devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad [$PN = 50\% (SB + PA)$] y en caso que el soldado profesional no hubiera completado un año completo de servicio, se le paga de manera proporcional a razón de una doceava por cada mes completo del servicio, con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

Igualmente, a los soldados profesionales les asiste el derecho a la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al cumplir 20 años de servicio y en el artículo 13 Id se precisó que únicamente son factores computables para liquidar la misma: salario mensual y prima de antigüedad, además de aquellas que fueran reconocidas con posterioridad a dicha norma, como sucedió con el subsidio de familia mediante los Decretos 1161 y 1162 de 2014, sin incluir la prima de navidad.

Por esta razón, el artículo 18 ibidem estableció que a lo largo de su servicio activo, los soldados profesionales deben realizar aportes porcentuales sobre el salario mensual y prima de antigüedad, más no sobre las otras prestaciones devengadas, a diferencia de los Oficiales y Suboficiales quienes hacen cotizaciones sobre el sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad, prima de estado mayor, prima de vuelo, gastos de representación, subsidio familiar, prima de navidad y gastos de representación, las cuales son partidas computables para su asignación de retiro y por ello el constituyente dejó sentado que las pensiones se liquidan solamente con los factores sobre los cuales se hayan efectuado los aportes (artículo 48 de la Carta Política).

Esta misma situación fue discutida para el reconocimiento del subsidio familiar, lo que llevó al Consejo de Estado⁴ a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, concluyendo que existía un trato diferente entre aquellos y éstos al no existir una razón constitucionalmente válida para el mismo y en aplicación del principio de igualdad dicha prestación debía ser computable para los soldados profesionales quienes son los que más lo necesitan, sin embargo, dicha decisión fue revaluada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁵ donde se estableció que no existe un trato desigual cuando el legislador se abstiene de incluir partidas computables para la asignación de retiro de oficiales, suboficiales y soldados, dada la formación y responsabilidades que tienen unos y otros, lo mismo que los aportes que realizan, así:

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

Para llegar a esa conclusión, dicha providencia analizó los criterios de igualdad que tuvo la Corte Constitucional, destacando que:

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

⁴ Sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación: 110010315000201301821 01 (AC), actor: José Narcés López Bermúdez.

⁵ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16).

Así, en la sentencia C-057 de 2010⁶ indicó que si bien existía una diferencia entre oficiales, suboficiales y soldados, la misma era justificada, pues los sujetos constituyen grupos jurídicamente diferenciados bajo un criterio objetivo de jerarquía y por tanto tienen responsabilidades y tareas distintas, como se indicara en primera instancia.

Finalmente, para el Consejo de Estado es claro que los soldados profesionales no han tenido el mismo grado de protección en seguridad social, pues fue hasta el Decreto 4433 de 2004 que se consagró su asignación de retiro y con ello un avance en materia de garantías, lo que implica la aplicación del principio de progresividad pues se hace un reconocimiento gradual de derechos hasta su plena realización, los cuales deberán ir acorde al desarrollo de políticas públicas en materia de derecho a la seguridad social, como se evidenció en su momento con la inclusión del subsidio de familia en la asignación de retiro de dichos soldados.

De acuerdo con los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, una sentencia de unificación jurisprudencial del órgano de cierre de esta jurisdicción, constituye precedente obligatorio para todos los casos que versan sobre el tema objeto de unificación y que están en discusión administrativa y judicial, por eso la misma debe acogerse en aplicación del principio de seguridad jurídica, dado su carácter vinculante y lleva a desechar los argumentos del recurso del demandante sobre la inconstitucionalidad de las mencionadas disposiciones por violación de los principios de igualdad y progresividad.

3.5. Caso concreto.

El demandante ingresó el 1º de junio de 1994 al servicio militar obligatorio hasta el 26 de enero de 1995, pasando luego a ser soldado voluntario del 1º de junio de 1996 al 31 de octubre de 2003 y enseguida soldado profesional del 1º de noviembre de 2003 al 30 de diciembre de 2015, de acuerdo al certificado suscrito por el TC. David Orlando Pabón Anaya, oficial de atención al usuario DIPER del Ejército Nacional (f. 12).

Atendiendo el criterio objetivo valorativo⁷ que orienta la condena en costas de acuerdo con el artículo 188 del CPACA en integración con el artículo 365-1 del CGP, al haber tenido la demandada que constituir apoderado para que la representara a lo largo del proceso, hay lugar a su imposición a cargo de la parte demandante.

⁶ Con la cual analizó la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994⁶ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005⁶,

⁷ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, sentencia de febrero 6 de 2020, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 05001233300020130104601(1820-15)

En dichas costas se incluirá un (1) salario mínimo legal mensual vigente de agencias en derecho, dejando constancia que para la tasación de las agencias en derecho se tuvieron en cuenta la especialidad y naturaleza de la gestión, la cuantía de las pretensiones y el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

5. DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECIDE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Neiva el 24 de enero de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la entidad demandada, fijando de agencias en derecho en esta instancia, un (1) salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de ejecutoria de esta decisión.

TERCERO: ORDENAR que una vez firme esta providencia, se remita el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,



JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO



ENRIQUE DUSSÁN CABRERA



RAMIRO APONTE PINO