



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 24 SEP 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2017-00116-00
DEMANDANTE: FABIÁN ENRIQUEZ CEBALLOS.
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL-

Agotados los ritos propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

El señor **FABIÁN ENRIQUEZ CEBALLOS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 98.465.738, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., demanda a la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-**, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.1. Declaraciones y Condenas

- 1.- Se **DECLARE LA NULIDAD** de los actos administrativos contenidos en los **Oficios No. 0001344 del 19 de enero del 2017 y No. 0010700 del 6 de marzo del 2017**, suscritos por la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-**, a través de los cuales se da respuesta **NEGATIVA**, a la petición de incluir la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del demandante.
- 2.- Que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho se condene a la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-**, a reconocer y pagar en favor del demandante el reajuste en la asignación de retiro incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad.
- 3.- Que se disponga el reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta la inclusión en nómina. Así mismo, que se pague la indexación e intereses de mora de los valores adeudados y las costas procesales dentro de las presentes diligencias.

1.2. Fundamentos Fácticos

Como sustento de las pretensiones el apoderado del accionante narra los siguientes hechos:

Que el demandante ingreso al Ejército Nacional como soldado regular el 14 de septiembre de 1988, continuó como soldado voluntario a partir del 1 de mayo de 1990, vinculación regida bajo los parámetros de la Ley 131 de 1985.

Por decisión del Ejército Nacional a partir del 1 de noviembre del año 2003 el demandante paso a desempeñarse como soldado profesional, vinculación regida por los Decretos 1793 y 1794 del 2000, posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004.

La vinculación entre las partes perduró hasta el 1 de diciembre del 2008, estando asignado al batallón de infantería No. 3 Batalla de Bárbula con sede en Puerto Boyacá – Boyacá- y por un periodo superior a 20 años, por lo cual la demandada le reconoció la asignación de retiro a través de resolución No. 1118 del 29 de abril de 2009.

1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

El apoderado de la parte demandante citó como normas violadas la Constitución Política en sus artículos 4,13, 25, 29, 53 y 58, los artículos 206 a 214 del C.P.A.C.A, la Ley 4 de 1992, la Ley 153 de 1887, los Decretos 1793 y 1794 del 2000 y el Decreto 4433 del 2004.

Se afirma que la entidad demandada está violando el derecho a la igualdad del demandante, teniendo en cuenta que a los oficiales y suboficiales, y el personal civil si se les incluye la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, mientras que a los soldados profesionales se les omite esta prestación, por lo cual terminan recibiendo una mínima asignación de retiro, lo que rompe con el principio de igualdad, cuando son ellos los que de forma directa soportan las afujías de la guerra.

Así mismo, se refiere que el numeral 13.2 del artículo 13 del decreto 4433 del 2004 es inconstitucional por contrariar la Constitución Política, por lo cual solicita que en los términos de las sentencias de la Corte Constitucional¹ y del Consejo de Estado² se inaplique dicha norma para el caso específico y en su lugar se incluya la duodecima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro del demandante.

2.1. Contestación de la demanda

Dentro del término para contestar la demanda la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-**, presento escrito a través del cual se aceptan los hechos relacionados con el agotamiento de la actuación administrativa y se niegan los demás.

¹ Sentencia C-600 de 1998.

² Sentencia del 1 de abril de 1997 M.P: Juan de Dios Montes Hernández.

En relación con las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, y propone como medio de defensa la excepción que denominó "**Prescripción del derecho**", específicamente en lo que tiene que ver con las mesadas de acuerdo a lo preceptuado en el Decreto 4433 del 2004.

2.2. Argumentos de defensa

Como fundamentos y razones de defensa, indica que la partida computable denominada prima de navidad se estipuló para los oficiales y suboficiales, y no para los soldados profesionales quienes para efectos de reconocerles la asignación de retiro se realiza en los términos del artículo 13 No. 13.2 del decreto 4433 del 2004.

Así mismo, que la 1/12 parte de la prima de navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas ni siquiera en actividad. Así mismo, refiere que los soldados profesionales e infantes de marina no efectuaron aportes mientras se encontraban activos, para cubrir la duodécima parte de la prima de navidad.

Igualmente, afirma que no se configura la violación del derecho a la igualdad, trayendo a colación la sentencia C-387 de 1994³, según la cual dicho principio sólo se predica entre iguales por lo que en el presente caso no se ha vulnerado, máxime cuando fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del decreto 4433 de 2004 el cual se encuentra actualmente vigente y no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia, por lo cual no se configura ninguna causal de nulidad de los actos demandados.

2.2. Pruebas:

- Derecho de petición presentado por el señor **Fabián Enríquez Ceballos**, ante la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-**, el día 11 de enero del 2017 (fls. 8 y 9)
- Oficio No. 0001344 del 19 de enero del 2017, mediante la cual **-CREMIL-** niega la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del demandante incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad (fl. 5)
- Recurso de reposición presentado por la parte demandante en contra del Oficio No. 0001344 del 19 de enero del 2017 (fl.12)
- Oficio No. 0010700 del 06 de marzo del 2017 mediante la cual **-CREMIL-** indica que no proceden los recursos de reposición y apelación en este caso (fl.13).

³ M.P

- Copia de la resolución No. 1118 del 2009 a través del cual, la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-** ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante (fls. 14 y 15)
- Copia del oficio No. 3-00098465738 expedida por **-CREMIL-**, por medio de la cual se liquidan los servicios del demandante (fl. 16)
- Copia de la solicitud de conciliación prejudicial presentada por el demandante ante la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos de Tunja (fls. 18 a 21).
- Copia de la constancia de agotamiento de la conciliación extrajudicial en el presente asunto (fl. 22)
- Copia del expediente administrativo de la asignación de retiro del señor **Fabián Enríquez Ceballos** (fls. 53 a 60 y 121 a 129)
- Copia del cuaderno en el cual se resuelve la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad (fls. 62 a 67).

1.4. Alegatos de conclusión.

Dentro del término concedido por éste Despacho para que se presentaran alegatos de conclusión, las partes del proceso guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observe causal que invalide lo actuado, procede el despacho a decidir de fondo el presente asunto bajo el siguiente esquema:

2.1. Problema jurídico

¿Determinar, si Constitucionalmente es viable que la prima de navidad se tenga en cuenta como factor para liquidar la asignación de retiro solamente para un grupo especial de personal (Oficial y Suboficiales) pertenecientes a las Fuerzas Militares de Colombia?

*¿Así mismo, si el señor **Fabián Enríquez Ceballos** como Soldado Profesional del Ejército Nacional, tiene derecho a que se tenga en cuenta como factor para liquidar su asignación de retiro la **prima de navidad** que devengaba en servicio activo y como consecuencia ordenar el reajustar su asignación de retiro?*

2.2. Argumentos y sub argumentos que resuelven el problema jurídico planteado.

Para resolver el problema jurídico planteado el despacho resolverá los siguientes ítems: **i)** Régimen jurídico aplicable a soldados profesionales. **ii)** De la prima de navidad y su inclusión en la base de liquidación de la asignación de retiro. **iii)** Del Derecho a la Igualdad; **iv)** Caso Concreto

2.2.1. Del régimen normativo del reconocimiento de la Asignación de Retiro a los Soldados Profesionales, y los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional.

El artículo 13 del **Decreto 4433 de 2004**, regula lo correspondiente a las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, asignando conceptos adicionales en favor de Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, no así para los Soldados Profesionales⁴. Ahora, los artículos 15 y 16, determinaron el régimen que les sería aplicable de acuerdo al tiempo de servicio y el porcentaje equivalente sobre el salario, para lograr la liquidación exacta del beneficio prestacional de retiro, fijando en común que dicha prestación se concedería tras 20 años de servicio, pero para aquellos se decretó una serie de porcentajes sobre las partidas computables, mientras que para los soldados profesionales se señalaron tres criterios i) un único monto del 70%, ii) aplicable sobre el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del artículo 13 y iii) adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad⁵. Es decir, evidentemente el decreto nombrado estableció diferencias en el régimen pensonal aplicable a los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales del ejército Nacional.

⁴ "ARTICULO 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.

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 10 del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARAGRAFO: - 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. (Negrillas fuera de texto)

⁵ "Artículo 15. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables..."

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

2.2.2. De la prima de navidad y de su reconocimiento para los soldados profesionales del ejército nacional

La prima de navidad fue instituida expresamente dentro del régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto 1794 de 2000, en los siguientes términos:

"ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. 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.

PARAGRAFO. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad".

Esta prima fue constituida en favor del soldado profesional en actividad, pero dicho factor salarial no fue tenido en cuenta para determinar la base de liquidación de su asignación del retiro. En efecto, los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004 definió tales partidas así:

"ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobré vivencia, 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 60 del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARÁGRAFO: *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales". (Subraya la Sala).*

"ARTICULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. *Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.*

En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes". (Resaltado por el Despacho).

De acuerdo a los preceptos traídos a referencia, se encuentra que **el Decreto 4433 de 2004 excluyó la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales**, a pesar que la misma sí constituye partida computable para los **Oficiales y Suboficiales**. Por lo cual, le corresponde a este Despacho determinar; **si se vulnera el principio constitucional de igualdad**, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, por el hecho de que el Ejecutivo a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, haya excluido la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales y no así, a oficiales y suboficiales. Y como consecuencia determinar si al demandante le asiste o no el derecho a que se le incluya la duodécima parte de la prima de navidad en su asignación de retiro.

2.2.3. Del Derecho a la Igualdad.

El artículo 13 Constitucional consagra la garantía de Igualdad⁶, tanto formal como material, frente a la protección y el trato de las autoridades; la mencionada disposición no solo establece una garantía, también impone la obligación al Estado de proteger a las personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales puedan ser objeto de algún tipo de discriminación.

Así las cosas, para que el Estado cumpla con su obligación, no solo es válido sino necesario que en algunos casos se dé un trato diferencial y positivo a las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, por lo que se entiende que no está proscrita la posibilidad de que el legislador introduzca regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferenciación se ajuste a los preceptos constitucionales. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

"...es posible afirmar que formalmente todas las personas son iguales ante la ley pero para que esta igualdad sea también material, las autoridades pueden utilizar medidas de acción positivas que beneficien a las personas que se encuentren en especiales condiciones de vulnerabilidad y de esta manera, lograr que lleguen al mismo punto de partida del resto de la sociedad.

Adicionalmente, es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad, si los mismos persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios. Para verificar esto, la Corte suele utilizar un test de proporcionalidad, en el que se estudian algunos temas específicos, tales como la idoneidad de la medida, la validez del objetivo perseguido y la posible afectación a otros

⁶ **"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"

derechos fundamentales, de manera que al final puede tenerse certeza sobre la afectación o no del principio de igualdad."

En el entendido de los argumentos antes citados, se tiene que los tratos diferenciados dispuestos por el legislador sólo pueden ser admisibles si persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios, siendo que para determinar su validez debe verificarse la idoneidad, la necesidad o validez y la posible afectación de otros derechos fundamentales que se deriven del trato diferenciado.

Sobre este punto, el **Tribunal Administrativo de Boyacá** siguiendo el derrotero de la Corte Constitucional⁸ en sentencia del 14 de noviembre del año 2017⁹ señaló:

"(...) Tal como ya se había reseñado, no hay duda que a los Soldados Profesionales no se les tiene en cuenta la partida de la prima de navidad para efectos de liquidar la asignación de retiro y se prohíbe incluir otra distinta de las que allí se enlistan, contrario a lo regulado para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares a quienes sí se les tiene en cuenta dicha partida.

Al respecto, la Sala advierte que tal regulación no cumple con los principios, objetivos y criterios plasmados en Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, pues la omisión de incluir la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales infringe la prohibición de no discriminación y el principio de equidad. (Negrilla fuera del texto)

Seguidamente el Tribunal Administrativo en la providencia que seguimos, realizó el juicio de igualdad¹⁰ respecto de la diferencia de trato entre Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y los Soldados Profesionales, concluyó que resultaba desproporcionada, por tener una finalidad que no consultaba los valores y principios constitucionales; así lo refirió dicha Corporación:

"(...) (...) Para la Sala no es de recibo el argumento esbozado por la entidad demandada para negar la inclusión de la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, con el argumento que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 no la enlistaba (f1.27); al contrario, se evidencia que el Ejecutivo, al excluir tal beneficio a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y por ende, del artículo 16 ibídem, y al incluirla para los mismos efectos a los Oficiales y Suboficiales de la misma Fuerza Pública, originó un trato desigual y discriminatorio de cara a los Soldados Profesionales. (Negrilla fuera del texto)

(...)(...)

- Si bien, a los Soldados Profesionales se les reconoce en servicio activo la prima de navidad de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es excluido al momento de su retiro, como lo prevé el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y el párrafo lo prohíbe incluir, teniéndose en cuenta solamente la prima de antigüedad. A su turno, en el artículo 16 ibídem, únicamente adiciona el porcentaje previsto para la prima de antigüedad, sin que igualmente se indique nada respecto de la prima de navidad.

- En el otro grupo de miembros de la Fuerza Pública, denominados Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, se les reconoce la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 y también en el artículo

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T - 141 de 2013

⁸ sentencia C-229 del 2011

⁹ Sentencia del 14 de noviembre del año 2017- Nulidad y Restablecimiento del Derecho- Dte; Melquisedech Silva- Ddo; Caja de retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- Ref.: 150013333009201500013-01-M.P: Fabio Iván Afanador García.

¹⁰ Entre otras; las sentencias C-445 DE 1995 y C-888 DEL 2002

13 del Decreto 4433 de 2004, -en el que se exceptúa a los soldados profesionales-, diferenciación de trato que para la Sala no es plausible constitucionalmente, pues los dos grupos, -Soldados Profesionales y Oficiales y Suboficiales-, hacen parte de la misma Fuerza Pública. (Negrilla fuera del texto)

(...)(...)

Así entonces y siguiendo el test de razonabilidad y proporcionalidad que para el efecto la Sala realiza, se obtiene que el trato desigual plasmado en la no inclusión de la partida de la prima de navidad para efectos de liquidar la asignación de retiro al demandante -Soldado Profesional- y quien tiene una remuneración inferior (FI. 7 C-ppal) frente a los Oficiales y Suboficiales, para quienes sí se les tiene en cuenta tal partida para liquidar su asignación de retiro, como lo prevé los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, no efectiviza los principios y derechos constitucionales referenciados, como tampoco existe proporcionalidad entre el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad. (Negrilla fuera del texto)

Finalmente, si bien en principio resultaría acertada la decisión que la entidad demandada emitiera en los actos demandados, pues se ajustan a los lineamientos del artículo 112 y 16 del Decreto 4433 de 2004, negando la inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro del demandante, la Sala confirmará la inaplicación del párrafo del artículo 13 ibídem por considerar que es evidente su inconstitucionalidad e ilegalidad.

Del mismo modo, no resulta ser un hecho cierto como lo afirma la encartada, que el actor carezca del derecho a que le sea incluida como partida computable de su asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad, porque "es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas ni siquiera en actividad³²", cuando, además de estar expresamente consagrada en el artículo 50 del Decreto 1793 de 2000, de la documental allegada por la misma entidad con la contestación de la demanda, más exactamente de la certificación emitida por el Jefe de Atención al Usuario de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, se hizo constar que al Soldado Profesional Melquisedech Silva, en el mes de noviembre de 2011, le fueron presupuestados como prima de navidad doce (12) días, por valor de \$813.576,00 ³³, razón que junto con las anteriormente fundadas son suficientes para concluir que sí se demostró que el interesado devengó en actividad la citada partida, por lo menos en el año anterior a su retiro (...)" (Negrilla fuera del texto).

Postura que ha sido reiterada por el Tribunal, entre otras en sentencia de Sala Plena del 16 de agosto del 2018¹¹ con ponencia del Magistrado **Félix Alberto Rodríguez Riveros** en la cual se ordenó incluir en la asignación de un soldado profesional la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Planteamientos que comparte en su integridad el Despacho y que serán tenidos en cuenta al momento de resolver el presente asunto.

2.2.4. Caso concreto

Tomando en consideración lo antes expuesto, el Despacho realizará el análisis del asunto, bajo los siguientes parámetros.

¹¹ Sentencia del 16 de agosto del 2018 Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala Plena Expediente: 157593333002201600118-01; M.P Félix Alberto Rodríguez Riveros

Respecto del **reajuste de la asignación de retiro, incluyendo en la base de la liquidación la duodécima parte de la prima de navidad**, el Despacho encuentra acreditado lo siguiente:

- Que mediante Resolución No. 1118 del 29 de abril del año 2009, expedida por el Ministerio de Defensa- Caja de Retiro de Retiro de las Fuerzas Militares, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del soldado profesional ® **Fabián Enríquez Ceballos**, a partir del 28 de febrero del 2009, en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 4886 del 2008) indicado en el numeral 13.2.1 salario mensual en **los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000). Adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad.** (fls. 14-15).
- Que de acuerdo con la prueba documental que acompaña el proceso, el señor **Fabián Enríquez Ceballos**, ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado regular el 14 de septiembre de 1988 y ostentó esta calidad hasta el 30 de abril de 1990; luego se desempeñó como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 a partir del 1 de mayo de 1990 hasta el 31 de octubre del 2003. Así mismo, en virtud del Decreto 1793 de 2000, fue incorporado como soldado profesional a partir del 1 de noviembre de 2003, acogiéndose al régimen prestacional definido por el Decreto 1794 de 2000 y obteniendo la asignación de retiro a partir del 28 de febrero del 2009¹².
- Igualmente, se encuentra acreditado de acuerdo a lo normado en el artículo 5 del Decreto 1794 del 2000, el demandante durante el tiempo que estuvo en servicio activo devengó la **prima de navidad en un equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad.**

En consecuencia siguiendo el precedente jurisprudencial vertical señalado y en aplicación del principio de igualdad, resulta procedente la inclusión de **la duodécima parte de la prima de navidad** en la base de liquidación del actor, razón por la que se inaplicará en el caso en concreto el precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial.

Es del caso resaltar que respecto a la Excepción de Inconstitucionalidad, la Corte Constitucional en sentencia C-122 de 2011, siendo Ponente el Juan Carlos Henao Pérez, precisó:

"...2.1 La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."¹³. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad

¹² Fl. 14 vuelto.

¹³ Los antecedentes de la excepción de inconstitucionalidad se remontan al artículo 40 del Acto Legislativo No 3 de 1910, en donde se disponía que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley debían aplicarse preferentemente las disposiciones constitucionales. También debe tenerse en cuenta el artículo 215 de la Constitución de 1886 en donde se estableció que, "En todo caso de incompatibilidad

sea calificado por la doctrina como un sistema mixto¹⁴ ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución¹⁵.

2.2 De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto¹⁶. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

2.3 Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no.

2.4 Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto..."

De la manera como la Corte Constitucional lo refiere en precedencia, así deberá entenderse la parte resolutive de esta providencia, especialmente, en cuanto a la inaplicación del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

En ese orden de ideas, se reitera que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia analizada, se advierte que el demandante tiene derecho a que la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"** reajuste su asignación retiro, teniendo en cuenta la **duodécima parte de la prima de navidad** señalada en el numeral 13.1.8 del artículo 12 del Decreto 4433 de 2004, como partida computable en su asignación de retiro.

En conclusión el Despacho declarará la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios **Nos. 0001344 del 19 de enero del 2017 (fl. 5) y 0010700 del 6 de**

entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Posteriormente en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 se estableció que, "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una norma legal, preferirá aquella". Ver sobre el tema el libro de Alexei Julio Estrada, Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 283 – 288. Igualmente el libro de Natalia Bernal Cano titulado, La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2002. También el artículo de Gilberto Augusto Blanco Zuñiga titulado "Comentarios a la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia", en: Revista de Derecho de la Universidad del Norte, No 16, V. 1 2001, pp. 268 – 279.

¹⁴ Por ejemplo Allan R. Brewer – Carías, en el "Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, No 39, 1995.

¹⁵ Es decir que combina la idea de Kelsen de control de constitucionalidad concentrado en una instancia jurídica especializada – Corte Constitucional - y un sistema propio del commonlaw de control difuso en donde cualquier autoridad judicial puede en un caso concreto dejar de aplicar una norma. Kelsen propuso el control de constitucionalidad concentrado en su obra ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? También se debe tener en cuenta el control de los actos normativos no legales que se establece en cabeza del Consejo de Estado en Colombia de conformidad con el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución, que establece que corresponde a dicha Corporación conocer de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, atribuyendo a esta entidad el control de los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional.

¹⁶ Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, "El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexequibilidad sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente **cualquier funcionario con jurisdicción**, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge" (Negritillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284).

marzo del 2017(fl. 7), expedidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y se ordenará el reajuste de la asignación de retiro en los términos solicitados por la parte actora.

2.2.5. Prescripción

En relación a la **excepción de prescripción del derecho**, debe decir el despacho que el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹⁷ y 174¹⁸ de los Decretos 2728 de 1968¹⁹ y 1211 de 1990,²⁰ respectivamente, regula el término de la prescripción. Así las cosas, se observa que la asignación de retiro del actor fue reconocida mediante Resolución No. 1118 del 29 de abril del 2009 con efectos a partir del 28 de febrero del año 2009 (fl.14 y 15), la solicitud de reliquidación y reajuste fue presentada el 11 de enero del año 2017 (fl. 8) , **por lo que se encuentran prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al 11 de enero del año 2013**, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción cuatrienal.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta, que si bien dichas diferencias no pueden ser pagadas por encontrarse prescritas, **sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las asignaciones posteriores**, pues, al tratarse de una prestación periódica es claro que si el demandante tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro. No obstante, se debe tener en cuenta, que si bien las diferencias que se encuentran prescritas no pueden ser canceladas, si deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores²¹.

En consecuencia, el Despacho declarará la nulidad de los oficios **Nos. 0001344 del 19 de enero del 2017 (fl. 5) y 0010700 del 6 de marzo del 2017(fl. 7)**, pues a la parte demandante le asiste el derecho al reajuste de su asignación de retiro, aclarando que el pago del mismo procede **desde el 11 de enero del año 2013** dado el fenómeno prescriptivo.

¹⁷ Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

¹⁸ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹⁹ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

²⁰ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

²¹ Sentencia del veintinueve (29) de julio de dos mil diez (2010). MAGISTRADO PONENTE: DR. Alfonso Vargas Rincón, Referencia: No.1631-2008, Radicación: 250002325000200700449 01, Actor: GLORIA MARÍA ARCINIEGAS DE NARVÁEZ. "...La ley ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible, por esa razón es viable que el interesado pueda elevar la solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo. No obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son las acciones que emanen de los derechos prestacionales y en consecuencia prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador..."

2.2.6. Las diferencias a pagar.

De las asignaciones reliquidadas y reajustadas, se deben deducir las sumas de las asignaciones ya pagadas y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto; a continuación, la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley y que el interesado no haya cubierto respecto del factor que se ordenan reajustar, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago.

2.2.7. El ajuste al valor:

La suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, en los términos del Artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

2.2.8. Los intereses:

Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del CPACA.

2.2.9. Costas.

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5º del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

Primero.- Declarar probada parcialmente la excepción de "prescripción del derecho", presentada por la parte demandada frente a los derechos causados con anterioridad al día **11 de enero del año 2013** de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Inaplicar por inconstitucional e ilegal el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Tercero.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. del oficio **No. 0001344 del 19 de enero del 2017 (fl. 5)**, mediante el cual, el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- negó el reajuste de la asignación de retiro, lo anterior de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Cuarto.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. de los oficios **No. 0010700 del 6 de marzo del 2017(fl. 7)**, mediante el cual, el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, resolvió el recurso de reposición y apelación interpuesto en contra del oficio No. 1344 del 19 de enero del año 2017, lo anterior de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Quinto.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- reajustar la asignación de retiro del señor **Fabián Enríquez Ceballos**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.465.738, a partir del **11 de enero del año 2013, incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sexto.- Del valor liquidado a favor del demandante, **la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-** descontará el valor de los aportes que ordene la Ley que el interesado no haya cubierto respecto del factor que se ordenan incluir, esto es, de la

duodécima parte de la prima de navidad, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago.

Séptimo.- Condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- a pagar la indexación de las sumas adeudadas, de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemáticas financieras acogida por el H. Consejo de Estado:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor historico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Octavo.- Abstenerse de condenar en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Noveno.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, debe cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Decimo.- Por Secretaria y una vez adquiera firmeza la presente providencia expídase copia autentica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte demandante.

Décimo Primero.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Notifíquese y cúmplase

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez