Consejo Superior
de la Judicatura

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA
Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación No.	**15001-33-33-007-2017-00036-00**
Demandante:	**ELADINO CEBALLOS GUZMAN**
Demandado:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**
Medio de Control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**

Agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

I. LA DEMANDA:

1.1. Pretensiones:

El señor **ELADINO CEBALLOS GUZMAN**, actuando por conducto de apoderado debidamente constituido para el efecto, acude ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** en procura de obtener la declaratoria de nulidad de dos actos administrativos, a saber:

- Oficio No. 0001347 de 19 de enero de 2017, por medio del cual se le negó el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes recibidos a la fecha de su desvinculación.

- Oficio No. 0008210 de 23 de febrero de 2017, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el accionante contra la decisión inicial.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho solicita condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de navidad, liquidada

con los últimos haberes recibidos a la fecha de su desvinculación, ordenando el pago del retroactivo causado desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta la inclusión en nómina, junto con la indexación e intereses moratorios sobre todos los valores adeudados.

Finalmente solicita que se condene en costas a la parte demandada.

1.2. Fundamentos fácticos:

El mandatario judicial de la parte actora relató que luego del ingresar al Ejercito Nacional como soldado regular, el demandante fue incorporado en calidad de soldado voluntario, para finalmente ser designado como soldado profesional a partir del 1º de noviembre de 2003, por decisión de la institución, de manera que, según su dicho, desde ese momento su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Bajo este contexto, indicó que el demandante prestó sus servicios para el Ejercito Nacional por más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a acceder a la asignación de retiro que finalmente le fue reconocida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), a través de Resolución No 1402 de 07 de marzo de 2014.

Con todo, señala que al liquidarse la prestación, la entidad no tuvo en cuenta como partida computable la prima de navidad, desconociendo el derecho a la igualdad de los soldados profesionales, quienes al ser retirados presentan una ostensible desmejora en sus ingresos.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación:

En la demanda se adujo que con la expedición del acto acusado se desconocieron los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política, así como la Ley 4ª de 1992, junto con los Decretos 1793 de 2000, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

El libelista señaló que la decisión de no incluir la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de restiro del demandante, dada su condición de soldado profesional resulta violatoria del derecho a la igualdad.

En tal sentido, precisó que el numeral 13.2. del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, consagra la inclusión de dicho factor para los oficiales y suboficiales del ejercicio e incluso para el personal no uniformado, dejando por fuera a los soldados profesionales, quienes en consecuencia se encuentran en desigualdad de condiciones, por lo que considera procedente inaplicar dicha normativa por vía de la excepción de inconstitucionalidad a la luz de lo establecido en el artículo 4º de la Constitución Política, en concordancia con lo establecido en los artículos 4, 5 y 9 de la Ley 57 de 1887.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Tunja, el día 18 de agosto de 2017 (fl. 6), siendo asignada a este Juzgado mediante acta individual de reparto de la misma fecha (fl. 26). Posteriormente, a través de proveído calendado 19 de septiembre de 2017 (fls. 28– 29), se dispuso su admisión, ordenando las notificaciones correspondientes. Luego, una vez surtidos los traslados respectivos, el Despacho, mediante auto proferido el 9 de abril de 2018 (fl. 42), convocó a las partes para la práctica de la audiencia inicial, diligencia que se llevó a efecto el 17 de abril de 2018 (fls. 45 -48), donde se decretaron pruebas del proceso. Finalmente, en audiencia llevada a efecto el 5 de junio de 2018 (fls. 103 – 105), previo el recaudo probatorio se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. De la parte demandante:

El apoderado de la parte actora insistió en las pretensiones de la demanda, reiterando que la decisión de no incluir la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro del demandante resulta violatoria del derecho a la igualdad. En este sentido precisó que aun cuando la negativa de la entidad encuentra respaldo en el numeral 13.2. contenido en artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, donde en efecto no se consagra dicho factor como base de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, lo cierto es que se trata de una norma discriminatoria que debe ser inaplicada por vía de excepción de inconstitucionalidad, toda vez que e por el contrario si prevé la inclusión de dicho concepto en el caso de los oficiales y suboficiales, respecto de quienes se establece un mejor trato, desconociéndose los principios de igualdad y equidad consagrados como pilares fundamentales del sistema conforme a lo establecido en el artículo 2º de la Ley 923 de 2004, así como también considera que se atenta contra el principio de progresividad de de los derechos sociales.

4.2. De la parte demandada:

La entidad accionada no emitió pronunciamiento alguno dentro de eta etapa procesal.

4.3. Del Ministerio Público:

La señora Procuradora Sesenta y Ocho Judicial I Para Asuntos Administrativos de Tunja, en su condición de Representante del Ministerio delegada ante este Despacho emitió concepto favorable a las pretensiones de la demanda bajo los siguientes argumentos:

Luego de referirse a las normas que regulan la prima de navidad y su reconocimiento al personal de las Fuerzas Militares, la Señora Procuradora concluyó que al estudiar el asunto a la luz de los artículos 13 y 42 de la Constitución Política, en concordancia la Ley 923 de 2004, se puede inferir que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato discriminatorio que atenta contra los principios de igualdad y equidad que orientan el sistema, toda vez que en dicha normativa se reconoce el aludido factor como partida computable para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, dejando de lado injustificadamente a los soldados profesionales, quienes requieren mayor protección por su pertenencia a la unidad de combate y apoyo, implicando que en ellos recae el mayor peso a la hora de hacer efectivo el cumplimiento de las misiones asignadas al Ejército Nacional.

De otro lado, la Señora Representante del Ministerio Público señaló que en el presente caso no se dan los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para justificar un trato diferenciado, pues en su sentir, no se evidencia que los soldados profesionales se encuentren en una situación de hecho distinta a la de los Oficiales y Suboficiales, dado que todos hacen parte de las Fuerzas Militares, y si bien existe una diferencia en cuanto a los cursos de formación y el reconocimiento de algunas prestaciones acordes a su rango, lo cierto es que en el caso bajo estudio se encuentra de por medio una partida reconocida para todos los miembros de la institución.

Por consiguiente, considera que no se trata de una distinción cuya finalidad consulte valores y principios constitucionales, sino que por el contrario se aparta de ellos, como es el caso de la igualdad y equidad.

Continuando con su exposición, la Señora Procuradora adujo que el trato diferencial bajo estudio tampoco se ajusta a un marco de racionalidad interna, pues en su criterio, nada justifica suprimir dicha partida para el caso de los uniformados con menores ingresos, y por el contrario reconocérsela a quienes se encuentran en mejor rango.

Entre tanto, sostuvo que no existe proporcionalidad entre el trato diferencial, y la finalidad perseguida por la Ley 923 de 2004, la cual resulta descontextualizada con su reglamentación contenida en el Decreto 4433 del mismo año.

Bajo este contexto, y con el fin de evitar que se siga presentando una situación discriminatoria en el caso del demandante, solicitó inaplicar por vía de la excepción de inconstitucional e ilegalidad, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser contrario a los artículos 13 y 42 de la Constitución Política y al articulo 2º de la Ley 923 de 2004, tal como lo ha hecho en otras oportunidades el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, por ejemplo en sentencia de fecha 14 de noviembre de 2017, proferida por la Sala de Decisión No. 1 con ponencia del Doctor Fabio Iván Afanador García, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 15001-33-33-009-2015-000133-01.

En el mismo sentido, solicita declarar la nulidad de los actos acusados, para en su lugar, ordenar a la entidad accionada que a título de restablecimiento del derecho, proceda a reliquidar la asignación de retiro reconocida al demandante, incluyendo como partida computable la duodécima parte de de la prima de navidad, conllevando al pago de las diferencias causadas a partir del 15 de abril de 2014, junto con su respectiva indexación.

V. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, se torna procedente dirimir la litis, profiriendo la decisión que en derecho corresponda.

5.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El presente asunto se contrae a examinar la legalidad de los actos acusados, en orden a determinar si resulta o no procedente incluir la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro del demandante, inaplicado por vía de excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad el numeral 13.2 contenido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por resultar contrario a los principios de igualdad y equidad consagrados en el artículo 13 de la Constitución Política y el artículo 2º de la Ley 923 de 2004, respectivamente.

Para efectos metodológicos y con el fin de resolver el problema jurídico propuesto, en esta ocasión el Despacho examinará en primer lugar los hechos probados, para finalmente examinar el marco normativo y la solución del caso concreto; veamos:

5.1.1. HECHOS PROBADOS:

Dentro del plenario se encuentran acreditadas las siguientes circunstancias, que servirán de fundamentos para decidir la controversia:

1. El demandante prestó sus servicios a las fuerzas militares durante 20 años, 3 meses y 4 días tiempo durante el cual se desempeñó inicialmente como soldado regular en servicio obligatorio, luego como soldado voluntario y, finalmente como soldado profesional, condición ésta que adquirió el 1º de noviembre de 2013, y que conservó hasta el 15 de enero de 2014, cuando fue retirado del servicio, todo lo cual se desprende de la hoja de servicios respectiva vista a folios 18 a 19 del expediente

2. Para la fecha del retiro del servicio, el demandante devengaba los siguientes factores: Sueldo Básico, Subsidio Familiar, Prima de Antigüedad, Seguro de Vida Subsidiado, Bonificación de Orden Público y Prima de Navidad, tal como se advierte en la referida hoja

de servicios, en concordancia con la certificación obrante a folio 74 de las diligencias.

3. Mediante Resolución No. 1402 de fecha 7 de marzo de 2014, obrante a folios 16 y 17 del expediente, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) le reconoció al demandante su asignación de retiro con efectos a partir del 14 de abril del mismo año liquidándola en cuantía del 70% del salario básico indicado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, de tal suerte que no fue tenida en cuanta la prima de navidad cuya inclusión hoy se pretende.

4. Posteriormente, mediante escrito radicado el 11 de enero de 2017, visto a folios 10 a 11 del expediente, el demandante, por conducto de su apoderada, acudió ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), solicitando la reliquidación de la prestación con la inclusión de la prima de navidad como partida computable.

5. La anterior solicitud fue desatada de manera desfavorable a través de oficio No.0001347 de fecha 19 de enero de 2017, hoy demandado, el cual reposa a folio 13 de las diligencias, donde se indicó claramente que no era posible efectuar reajuste alguno bajo el argumento de que el derecho laboral había sido liquidado acorde con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, done no se consagra la prima de navidad como parida computable para liquidar la prestación.

6. Inconforme con lo decidido, el demandante, igualmente por conducto de su apoderada interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación[1] por medio de escrito radicado el 2 de febrero de 2017, obrante a folio 19, insistiendo en el reconocimiento del derecho reclamado por considerar que su negativa atentaba contra el derecho a la igualdad, dado que a los oficiales y suboficiales e incluso al personal no uniformado si se les reconocía la inclusión de la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro.

7. Finalmente, la impugnación fue decidida de manera desfavorable a través de oficio 0008210 de fecha 23 de febrero de 2017, visto a folio 15 de las diligencias, donde la entidad manifestó que el acto recurrido no contenida una decisión definitiva, sino que por el contrario se limitaba a suministrar una información por lo que se concluyó que no era pasible de recurso alguno, argumento que en criterio del Despacho no es de recibo, como quiera que en el acto inicial se indicó claramente la voluntad negativa de la entidad frente al reliquidación solicitada.

---

[1] Aun cuando en el contenido del documento únicamente se hizo referencia al recurso de reposición, lo cierto es que en la referencia se indicó que se interponía recurso de reposición y en subsidio apelación, por lo que así lo entendió la administración al ocuparse de su resolución.

8. En efecto, ha de precisarse que contrario a lo afirmado por la administración al resolver los recursos, el acto inicial si resolvió la solicitud del actor, pues allí se señaló que no era procedente realizar ningún tipo de reajuste a la asignación de retiro por considerar que había sido liquidada conforme a las normas que rigen la materia, de tal suerte que a la luz de lo establecido en el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se trata de una decisión definitiva que desató el fondo del asunto.

5.1.2. MARCO JURÍDICO APLICABLE Y RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO:

En virtud de lo establecido en el artículo 217 de la Constitución Política de Colombia, los miembros de las Fuerzas Militares cuentan con un régimen prestacional especial.

Para el caso de los soldados profesionales este régimen se encuentra consagrado en el Decreto 1794 de 2000, en cuyo artículo 5º se previó el reconocimiento anual de la 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, agregando que 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.

Posteriormente, se expidió la Ley 923 de 2004, donde se definieron las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluidos los soldados profesionales.

En esta nueva normativa, se señaló que el derecho para acceder a la pensión debía fijarse teniendo en cuenta exclusivamente el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado, atendiendo, entre otros, a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, sin que en el caso de los soldados Profesionales su valor pudiese resultar inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En desarrollo de este precepto, el ejecutivo expidió el Decreto 4433 de 2004, en cuyo artículo 16 se establece que los soldados profesionales retirados con 20 años de servicios, tienen derecho a devengar una asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado como partida computable, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, sin que en ningún caso el monto de la prestación pueda resultar inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, el artículo 13 ibídem define las partidas computables para liquidar el derecho, señalando que para el caso de los soldados

profesionales debe tenerse en cuenta el salario mensual contemplado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes respectivos, dejando por fuera el la duodécima parte de prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, que por el contrario, conforme lo establece la misma norma, si fue incluida como factor base de liquidación para las asignaciones de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

Por su parte, el parágrafo del citado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece que en adición a las partidas específicamente allí señaladas, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones serán computables para efectos de liquidar la asignación de las asignaciones de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

En esta medida, se advierte la existencia de un trato diferenciado al interior del régimen especial de las fuerzas militares, pues mientras los oficiales y suboficiales tienen derecho a que se les incluya el la prima de navidad como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, no ocurre lo mismo con respecto a los soldados profesionales, quienes no cuentan con dicha prerrogativa.

Por consiguiente, se torna necesario examinar si esta diferencia encuentra o no una justificación razonable a la luz del derecho a la igualdad, para lo cual ha de tenerse en cuenta el siguiente análisis:

El artículo 13 de la Constitución Política, establece el derecho a la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación por parte de las autoridades públicas por cualquier causa, señalando que el Estado debe promover las condiciones para la efectividad de dicha garantía en favor de grupos discriminados o marginados.

Con base en este contenido normativo, la Corte Constitucional, en diversas providencias, entre ellas las sentencias C-250 de 2012 y C-313 de 2013, ha señalado que en torno al alcance del principio de igualdad, se desprenden cuatro reglas jurídicas, a saber: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

En criterio del Despacho, estos planteamientos permiten una aplicación gradual del derecho a la igualdad, de acuerdo con las características propias de cada caso, de tal suerte que no siempre que existan diferencias, el trato debe ser desigual, y no siempre que existan situaciones equivalentes debe otorgarse un mismo tratamiento, pues en uno u otro caso deberán consultarse los puntos comunes o disimiles

intermedios para adoptar la decisión que mejor se acompase con el ordenamiento superior.

Ahora bien, para efectos de establecer si una determinada norma vulnera este principio, la Corte en la actualidad viene aplicando el método denominado test integrado de igualdad, donde se conjugan elementos propios del modelo europeo que se basa en el principio de proporcionalidad para analizar la legitimidad del trato diferenciado, con características del paradigma norteamericano, en el que el análisis se aborda a partir de tres niveles o grados de evaluación, uno riguroso, uno leve y otro intermedio, dependiendo de la naturaleza del tema objeto de estudio y la amplitud en la competencia del legislador para regularlo, tal como se expuso en sentencia C-093 de 2001.

Según lo señaló la Alta Corporación en sentencias C-015 de 2014 y C-592 de 2014 el juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis, a saber: En primer lugar, se debe establecer el criterio de comparación, es decir, debe precisarse si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; en segundo lugar, debe definirse si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y, finalmente, se debe averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente a la luz de las normas constitucionales.

Para determinar la legitimidad constitucional del trato diferenciado, con base en la metodología propuesta, el operador judicial puede acudir a tres grados de análisis, según la naturaleza del asunto y la competencia del legislador para regularlo, así:

Según la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad de una norma jurídica, por regla general debe aplicarse el test leve, el cual ha sido utilizado, por ejemplo, para definir materias económicas, tributarias o de política internacional.

Por el contrario, la Alta Corporación ha dicho que es indispensable acudir a un test estricto de igualdad en los siguientes casos: (i) cuando la norma utiliza un criterio de diferenciación que a primera vista afecta de manera grave el goce de derechos fundamentales; (ii) cuando sin causa aparente, crea privilegios para un sector exclusivo de la población; (iii) cuando recae en personas tradicionalmente segregadas, marginadas o en situación de debilidad manifiesta y, (iv) cuando establece un patrón que obedezca a los cánones expresamente prohibidos por la Constitución, esto es, define un tratamiento distinto por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión política o religiosa.

Finalmente, el alto Tribunal ha acudido al test intermedio cuando la medida distintiva puede comprometer el goce de derechos que no tienen carácter fundamental.

Con base en los criterios reseñados en precedencia, procede el despacho a examinar si en el presente caso, los artículos 13 y 16 del Decreto 4433

de 2004, que para este caso conforman una unidad normativa, resultan violatorios del derecho a la igualdad al establecer un trato diferente entre los soldados profesionales, a quienes no se les incluye la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro, y los demás miembros de las fuerzas militares, quienes por el contrario si tienen derecho a la inclusión de dicho beneficio.

Lo primero que ha de señalarse es que las normas establecen un trato diferente entre dos grupos de uniformados que pertenecen a un mismo régimen prestacional, cual es el establecido para los miembros de las fuerzas militares, quienes comparten el privilegio de pertenecer a un cuerpo normativo especial, por mandato expreso del artículo 217 de la Constitución Política, dada la naturaleza de las labores que desarrollan.

De esta manera, puede decirse que dichas preceptivas contemplan un tratamiento diferencial que se aplica a dos grupos de sujetos que si bien no son idénticos, convergen en un punto común, relacionado con el hecho de pertenecer a un mismo régimen prestacional, lo que supone, en principio, una misma situación de hecho, que habilita el estudio de igualdad, por existir un criterio de comparación, a partir del cual debe establecerse la validez de un tratamiento distinto para unos y otros servidores que se gobiernan por las mismas normas especiales.

En este sentido se ha pronunciado la propia Corte Constitucional, específicamente en las sentencias C-888 y C-980 de 2002, donde se precisó que un tratamiento diferencial establecido al interior del régimen prestacional de las fuerzas militares para sus distintos destinatarios es comparable y, por tanto, susceptible de ser sometido a un juicio constitucional de igualdad.

Establecida entonces la existencia de un criterio de comparación, se torna necesario precisar que en el sub examine resulta procedente aplicar el juicio de igualdad intermedio, pues no es posible acudir al método estricto, en la media que el trato diferenciado invocado no tiene su fundamento en ninguna de las circunstancias contempladas en el artículo 13 superior, así como tampoco afecta un sector de la población tradicionalmente segregado o que se encuentre en situación de vulnerabilidad manifiesta y no se evidencia a primera vista la afectación grave de un derecho fundamental, o que se haya creado, sin causa aparente un privilegio para un sector exclusivo de la población, toda vez que si bien establece una situación más favorable para los oficiales y suboficiales al permitirles la inclusión de la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro, lo cierto es que tal decisión podría obedecer a las diferencias que existen entre dichos uniformados y los soldados profesionales, existiendo una posible justificación aparente, cuya legitimidad solo podrá establecerse luego de abordar el análisis de igualdad.

De otro lado, en el caso concreto no es procedente acudir al juicio de igualdad leve en la medida que se anteponen circunstancias que ameritan el aumento en la severidad del análisis, pues además de encontrarse en discusión la posible afectación del derecho pensional de los soldados

profesionales, el Decreto 4433 de 2004, que establece el trato diferenciado bajo análisis fue proferido por el ejecutivo, lo que por contera implica que la norma carece de la naturaleza plural y deliberatoria propia del quehacer legislativo, conllevando a que deba realizarse un análisis de rigurosidad intermedia tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-980 de 2002, de modo que, atendiendo a los parámetros fijados por la misma Corporación, por ejemplo, en la sentencia antes citada y en la C-253 de 2012, deben abordarse tres pasos analíticos a saber: en primer lugar se debe establecer si el fin buscado por la norma acusada es, por lo menos, importante constitucionalmente, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver; en segundo lugar se debe determinar, si el medio elegido no está prohibido y en tercer lugar, resulta imperioso identificar si el medio escogido es efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto.

Entonces, el fin perseguido por las normas bajo examen, no es otro que otorgar mejores condiciones laborales a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, quienes dentro de la órbita de sus respectivos niveles ejercen funciones de mando, dirección y apoyo que implican un alto grado de responsabilidad, a diferencia de los soldados profesionales que por el contrario tienen a su cargo las tareas básicas de ejecución y combate, tal como se establece en las distintas disposiciones que distribuyen las funciones de estos cargos, especialmente los decretos 1790 y 1793 de 2000, junto con sus normas modificatorias.

De esta manera, emerge con claridad que las disposiciones bajo estudio, superan el primer punto de análisis de igualdad, toda vez que persiguen un objetivo de importancia constitucional, que encuentra sustento en las garantías laborales consagradas en el artículo 53 del ordenamiento superior, toda vez que con el trato diferenciado, en principio, se busca dar cumplimiento a la obligación que tienen los empleadores de garantizar a los trabajadores la existencia de una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y a la calidad del trabajo, asunto que lógicamente debe reflejarse en los derechos jubilatorios o de retiro reconocidos a los servidores públicos, y que involucra la idea de un orden político, económico y social justo de que trata el Preámbulo de la carta, dentro del marco prestacional especial de las fuerzas militares consagrado en el artículo 217 ibídem.

En esta misma línea de pensamiento, se tiene que el medio utilizado por el ejecutivo para otorgar mejores condiciones a los oficiales y suboficiales no se encuentra prohibido por el ordenamiento superior, sino que por el contrario, es allí donde encuentra su sustrato ontológico más próximo, pues al permitirse la inclusión de la Prima de Navidad como partida computable para la asignación de retiro de tales servidores, se está garantizando una mayor remuneración a quienes tienen asignadas las más altas responsabilidades, mientras que su no inclusión para el caso de los soldados profesionales, tan sólo sugiere a primera vista una distinción fundada en el hecho de que sus labores se limitan a ejecutar las órdenes de los oficiales y suboficiales, de manera que sin restarles importancia,

se trata de tareas con un ínfimo poder de decisión que consecuentemente implican un menor grado de responsabilidad.

En este orden de ideas, para el Despacho es claro que los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, también superan el segundo punto analítico del juicio de igualdad, pues la distinción de remuneración con base en las categorías de empleos, antes que estar prohibida por las normas superiores, se encuentra plenamente amparada en ellas.

Resta entonces por analizar, si el medio elegido por el Gobierno Nacional para otorgar mayores beneficios a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, resulta adecuado para la consecución de dicho fin.

Con tal propósito debe decirse que los soldados profesionales mientras están en servicio activo, devengan menores ingresos que los oficiales y suboficiales, precisamente debido a la distinción de sus responsabilidades, de tal suerte que al momento de reconocerse la asignación de retiro, su monto de por sí, resulta diferente entre unos y otros trabajadores respondiendo a la categoría de sus empleos.

Esta distinción por sí sola genera un beneficio para los oficiales y suboficiales, quienes tienen derecho a una asignación de retiro mayor que los soldados profesionales de acuerdo con los ingresos percibidos durante el servicio activo.

En este contexto cabe interrogarse si con el fin de establecer un trato diferenciado positivo con destino a los funcionarios de mayor jerarquía, resultaba adecuado y conducente hacer más gravosa la condición de los soldados profesionales aplicándoles una doble carga, puesto que por un lado reciben una asignación de retiro liquidada con base en sus ingresos que son inferiores, y de otra parte, se les excluye de la posibilidad de aplicar la prima de navidad como partida computable, factor que por el contrario si se contempla como tal para los demás miembros de las fuerzas militares.

En criterio del Despacho, la respuesta a este cuestionamiento debe ser negativa, pues no es adecuado, ni conducente desde ningún punto de vista, imponer mayores cargas a los servidores con menores ingresos para crear tratos diferenciados positivos en favor de funcionarios con mayores recursos, toda vez que ello desconoce el principio de equidad que el propio legislador contempló como parámetro aplicable para desarrollar la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalaron los objetivos y criterios que debía tener en cuenta el ejecutivo al momento de establecer el régimen pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública.

En consecuencia, si el gobierno quería distinguir de manera favorable la situación de los oficiales y suboficiales, bien podía incrementar el monto de su asignación de retiro o implementar otros factores de liquidación propios de tales funcionarios, sin necesidad de excluir la prima de navidad en el caso de los soldados profesionales, quienes por el contrario merecen un mayor grado de protección para que no se sacrifique su mínimo vital,

pues vale la pena recordar que se trata de servidores con menores ingresos, de tal suerte que no es de recibo el tratamiento desigual contemplado en la norma bajo examen, que se insiste, en lugar de favorecer a los más necesitados, genera un tratamiento favorable para los demás miembros de las fuerzas militares que se encuentran en mejores condiciones, lo cual resulta inaceptable a la luz del principio de igualdad.

Bajo este panorama, resulta claro que los artículos 13 (incluido su parágrafo) y 16 del Decreto 4433 de 2004, no superan el tercer supuesto del juicio de igualdad, conllevando a que deban inaplicarse para el caso concreto por vía de excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, toda vez que desconocen los principios de igualdad y equidad consagrados en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 2º de la Ley 923 de 2004, respectivamente, lo que a su vez implica la procedencia de la nulidad deprecada frente a los actos acusados por violación de las disposiciones superiores en que debía fundarse.

Este criterio fue prohijado por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencias emitidas el 14 de noviembre de 2017[2] y el 16 de agosto de 2008[3], donde en efecto se indicó que la no inclusión de la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, a diferencia de los oficiales y suboficiales del ejercicito, resulta lesiva de los principios igualdad y equidad.

Lo anterior por cuanto no se encuentra un fundamento racional y objetivo que permita ubicar en un plano de mayor protección a los oficiales y suboficiales frente a los soldados profesionales, pues son precisamente estos últimos los que devengan salarios más bajos dentro de las fuerza militares, y por tanto se encuentran en un grado mayor de vulnerabilidad, y en una necesidad de mayor de protección.

Es de resaltar que en aquellas oportunidades el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá únicamente dispuso la inaplicación del parágrafo contenido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, donde se prohíbe tener en cuenta factores distintos a los expresamente señalados como partidas computables; sin embargo, en esta ocasión el despacho considera procedente la inaplicación integra del artículo 13, incluido su parágrafo, en conjunto con el artículo 16 ibídem, por considerar que tales disposiciones constituyen una unidad normativa que establece la distinción injustificada entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales del Ejército, es cuanto a la inclusión de la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro.

---

[2] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ. 14 DE NOVIEMBRE DE 2017, MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECH, DEMANDANTE: MELQUISEDECH SILVA DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS RADICACIÓN No. 15001333300920150001301.

[3] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, 16 DE AGOSTO DE 2018, MAGISTRADO PONENTE FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DEMANDANTE: HERNÁN RAÚL GONZÁLEZ PINZÓN DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS RADICACIÓN No: 15759 3333 002 2016 00118- 01FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Es de resaltar que en sede de tutela, el Honorable Consejo de Estado, ha considerado que la aludida distinción no debe entenderse como lesiva del derecho fundamental a la igualdad de los soldados profesionales, frente a lo dispuesto en favor de los oficiales y suboficiales, en tanto se está frente a sujetos distintos, con diferentes jerarquías, funciones y asignación básica, agregando que estos últimos, es decir, los oficiales y suboficiales se encuentran en un rango superior como consecuencia de su preparación y responsabilidades, conllevando a que el legislador estableciera para ellos una diferente remuneración y asignación de retiro, sin evidenciarse un trato discriminatorio[4].

Empero, en esta oportunidad no se acogerá dicho criterio dado que las decisiones proferidas en virtud del trámite constitucional de amparo tienen efectos inter partes y por tanto no pueden hacerse extensivas al presente caso, máxime cuando en criterio de este Despacho, existen plenos fundamentos que permiten evidenciar un trato discriminatorio, pues si bien es cierto que los soldados profesionales, difieren de los oficiales y suboficiales del Ejército, en su rango preparación y responsabilidades no puede perderse de vista que los soldados profesionales mientras están en servicio activo, devengan menores ingresos, de tal suerte que al momento de reconocerse la asignación de retiro, su monto de por sí, resulta diferente entre unos y otros trabajadores respondiendo a la categoría de sus empleos.

Como ya se dijo, esta distinción por sí sola genera un beneficio para los oficiales y suboficiales, quienes tienen derecho a una asignación de retiro mayor que los soldados profesionales de acuerdo con los ingresos percibidos durante el servicio activo.

En este contexto, como ya se dijo, cabe interrogarse si con el fin de establecer un trato diferenciado positivo con destino a los funcionarios de mayor jerarquía, resultaba adecuado y conducente hacer más gravosa la condición de los soldados profesionales aplicándoles una doble carga, puesto que por un lado reciben una asignación de retiro liquidada con base en sus ingresos que son inferiores, y de otra parte, se les excluye de la posibilidad de aplicar la prima de navidad como partida computable, factor que por el contrario si se contempla como tal para los demás miembros de las fuerzas militares.

El despacho insiste en que la respuesta a este cuestionamiento debe ser negativa, pues no es adecuado, ni conducente desde ningún punto de vista, imponer mayores cargas a los servidores con menores ingresos para crear tratos diferenciados positivos en favor de funcionarios con mayores recursos, toda vez que ello desconoce el principio de equidad que el propio legislador contempló como parámetro aplicable para desarrollar la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalaron los objetivos y criterios que debía tener en cuenta el ejecutivo al momento de

---

[4] C.E.1. 20 DE AGOSTO DE 2018, ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. R: 11001-03-15-000-2018-02515-00(AC) ACTOR: CARLOS JULIO RODRIGUEZ LARA DEMANDADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN E Y OTRO

establecer el régimen pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública

Entonces, como en el presente caso se encuentra acreditada la ilegalidad de las decisiones demandadas, el despacho procederá a declarar su nulidad, para en su lugar ordenar la inclusión de la duodécima de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, como partida computable de la asignación de retiro reconocida al demandante en su condición de soldado profesional, y el consecuente pago de las diferencias causadas debidamente actualizadas, desde la efectividad del derecho señalada en el acto de reconocimiento, esto es, desde el 15 de abril de 2014, hasta que se verifique la correspondiente inclusión en nómina.

En este punto se aclara que no se configura el fenómeno de la prescripción contemplado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, donde se señala que dicho evento extintivo tiene lugar cuando el titular de un derecho determinado no lo ejerce dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que se hace exigible, advirtiendo a demás que el reclamo escrito recibido por autoridad competente, interrumpe el término, pero sólo por un lapso igual.

En efecto, en el caso concreto se advierte que entre la fecha del acto de reconocimiento, 15 de abril de 2014, y la fecha en que se presentó solicitud de reliquidación del derecho, 11 de enero de 2017, no transcurrió el periodo cuatrienal señalado en la norma, así como tampoco transcurrió, entre el momento de la referida reclamación, y la fecha de la presentación de la demanda que tuvo lugar el 18 de agosto de 2017.

No pasa por alto el Despacho que el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, contempló un término prescriptivo trienal para las prestaciones allí establecidas; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que de tiempo atrás el Honorable Consejo de Estado viene inaplicando la norma por considerar que el Ejecutivo excedió sus funciones reglamentarias, al ocuparse del fenómeno extintivo, que por el contrario no fue objeto de regulación en la norma que pretendía reglamentarse.

Así lo precisó el órgano vértice de esta jurisdicción en sentencia del 4 de septiembre de 2008, proferida con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, criterio que fue reiterado igualmente en las sentencias del 2 de febrero y 29 de noviembre de 2012, con ponencia del Doctor Víctor Hernando Alvarado, cuyos argumentos hace suyos el Despacho en esta oportunidad, por lo que se inaplicará para el caso concreto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

De otro lado, atendiendo a que dicho factor no se encuentra establecido como base para los aportes que según el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, deben realizar los soldados profesionales con destino a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), la entidad podrá deducirlos de la condena en los mismos porcentajes que señala la norma para la asignación de básica.

Además, conforme al principio de sostenibilidad financiera y bajo un análisis razonable frente a la condena impuesta, se considera procedente ordenar que dichos valores, es decir, los descuentos ordenados con ocasión de los aportes no sufragados por concepto deprima de navidad, sean actualizados para garantizar el valor real de los mismos por el paso del tiempo, tal como lo indicó el Honorable Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 2500023250002010-0014-01 (1849-2013), donde se establecieron los parámetros que habrán de tenerse en cuenta para el efecto.

Por último, como en el presente caso se accede totalmente a las pretensiones de la demanda, el despacho, atendiendo a lo establecido en el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión expresa dispuesta en el artículo 188 del C.P.A.C.A., condenará en costas a la entidad demandada, cuya liquidación deberá elaborarse por Secretaría, en los términos previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Para efectos de lo anterior, atendiendo a la naturaleza del asunto y a la gestión adelantada por el apoderado de la parte demandante, el Despacho en virtud de lo establecido en los artículos 2, 4 y 5 del Acuerdo PSAA16 -10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fijará como agencias en derecho el 5% del valor de las pretensiones dado que se trata de un proceso de mínima cuantía asimilable por analogía a los procesos de única instancia para efectos de las tarifas establecidas en dicha normativa.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: INAPLICAR para el caso concreto, por vía de excepción de inconstitucionalidad, el término prescriptivo contemplado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: **INAPLICAR** para el caso concreto, por vía de excepción de inconstitucionalidad, los artículos 13 (incluido su parágrafo) y 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto no incluyeron la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: **DECLARAR** la nulidad del Oficio No. 0001347 de 19 de enero de 2017, por medio del cual la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL),** negó el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de navidad solicitada por el señor **ELADINO CEBALLOS GUZMAN**.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del Oficio No. 0008210 de 23 de febrero de 2017, mediante el cual se negaron por improcedentes los recursos de

reposición y apelación interpuestos por el demandante contra la decisión inicial, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: ORDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)** que, a título de restablecimiento del derecho, proceda a reliquidar la asignación de retiro reconocida al actor, incluyendo como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES(CREMIL),** a reconocer, liquidar y pagar al demandante, las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente devengadas y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación ordenada en esta providencia, con efectos fiscales a partir del 15 de abril de 2014, fecha de efectividad del derecho.

SÉPTIMO: Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R. H.), que corresponde a la mesada de la asignación de retiro decretada, 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 debió hacer el pago respectivo.

Por tratarse de obligaciones que se pagan mensualmente, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho en cada período.

OCTAVO: Atendiendo a que la prima de navidad no se encuentra establecida como base para los aportes que según el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, deben realizar los soldados profesionales con destino a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), la entidad podrá deducirlos de la condena. Estas deducciones deberán ser objeto de actualización, tomando en cuenta los criterios fijados para el efecto por el H. Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 25000232500020l0-0014-01 (1849-2013).

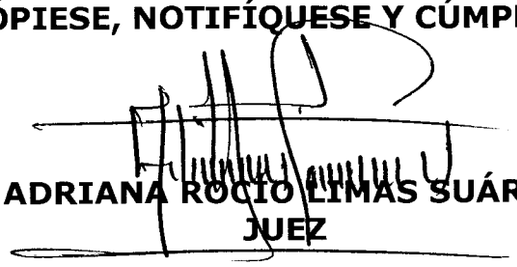
NOVENO: ORDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)** que cumpla el fallo, en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO: Condenar a la entidad demandada a pagar las costas procesales, cuya liquidación deberá efectuarse por la Secretaría del Despacho en los términos previstos en el artículo 366 del C.G.P.

DÉCIMO PRIMERO: Como agencias en derecho, se fija el 5% del valor de las pretensiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

DÉCIMO SEGUNDO: En firme esta providencia, por Secretaría adelántense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autorizan las copias que soliciten las partes, para lo cual el interesado deberá proceder al pago de las expensas correspondientes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ADRIANA ROCIO LIMAS SUÁREZ
JUEZ

YSS/ARLS