



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

REF.: Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral -Apelación Sentencia
Demandante: ISNARDO GÓMEZ RUEDA
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)
Radicación: 20-001-33-33-005-2017-00313-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I.- ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- HECHOS.

La apoderada del demandante, manifiesta que el señor ISNARDO GÓMEZ RUEDA, ingresó al Ejército Nacional en condición de soldado regular en el 26 de julio de 1990, y como soldado voluntario a partir del 1 de enero de 1992, vinculación está regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Sostuvo que por decisión del Ejército Nacional el señor ISNARDO GÓMEZ RUEDA, al igual que todos los soldados voluntarios, paso a ser denominado soldado profesional a partir del 1° de noviembre de 2003, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 de 2004.

Indica que el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional hasta el 23 de noviembre de 2009, estando asignado al Batallón de Artillería La Popa con sede en Valledupar y durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución No. 3087 de 6 de septiembre de 2010.

Aduce que se le ha vulnerado su derecho fundamental a la igualdad, al negárseles incluir dentro de la asignación de retiro, la duodécima parte de la prima de navidad, como partida computable para la asignación de los soldados profesionales, tal como se les ha venido reconociendo a los demás miembros de las Fuerzas Militares.

2.2.- PRETENSIONES.

El demandante solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los Oficios No. 0010431 de 3 de marzo de 2017, en virtud del cual se negó el reajuste de su asignación de retiro y No. 0017619 de 4 de

abril de 2017, mediante el cual se resolvió el recursos de reposición interpuesto contra el oficio señalado anteriormente.

Que como consecuencia de la declaración anterior, y título de restablecimiento se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al reconocimiento y pago a favor del señor ISNARDO GÓMEZ RUEDA, del reajuste de la asignación de retiro, incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable, todo lo anterior desde la fecha de reconocimiento de la misma y hasta su inclusión en la mesada pensional.

Que se disponga la indexación de todos los valores adeudados, así como los intereses moratorios, y, se condene en costas a la entidad demandada.

III.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia dictada el 25 de enero de 2019, declaró probada la excepción de *inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales*, propuesta por el apoderado de CREMIL y negó las pretensiones de la demanda, argumentando que no existe fundamento legal ni jurisprudencial para incluir dentro de la asignación de retiro, la duodécima parte de la prima de navidad para los soldados profesionales, con fundamento al pronunciamiento del Consejo de Estado en fallo de tutela de fecha 6 de septiembre de 2017 radicado No. 11001-03-15-000-2017-01906-00.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, manifestando que la prima de navidad es una partida de carácter legal establecida en el Decreto 1794 de 2000 que debe ser incluida como partida computable en igual de condiciones frente a los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional.

Indica que al hacer una revisión general del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 a simple vista resalta la abismal diferencia existente entre los soldados profesionales y los suboficiales y oficiales de las fuerzas militares, pues mientras los primeros solo se le tiene como partida computable la prima de antigüedad y en muchos casos por vía judicial el subsidio familiar , a los oficiales y suboficiales se les reconoce de manera taxativa como partidas computables, la prima de navidad (ya no estando activos), prima de antigüedad, prima de estado mayor, prima de vuelo, gastos de representación, subsidio familiar y duodécima parte de la prima de navidad. Situación que evidencia la vulneración al derecho fundamental de igualdad.

Dice que no existe una razón valedera para negarles a los soldados profesionales un derecho que devengaron en actividad y que deben seguir percibiéndolo en su asignación de retiro para no ver desmejorados sus ingresos, luego de más de veinte años de privaciones y de sacrificio en su vida laboral como militares.

Trae a colación un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en donde se dispuso la inclusión de la prima de navidad basado en el estudio al derecho a la igualdad.

De igual forma sostiene, que la no inclusión de la duodécima prima de navidad como partida computable es una violación directa al principio de progresividad de los derechos sociales, toda vez que no es justo que una vez alcanzado cierto rango de protección no se puede retroceder a desmejorar.

Precisa que los soldados profesionales son los únicos miembros al servicios del Ministerio de Defensa que no devengan en su asignación de retiro dicha partida computable, sin tener en consideración que también son los únicos miembros que tiene la obligación de enfrentar directamente la guerra y todos sus vejámenes, siendo así evidente la vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

V.- ALEGATOS

En esta oportunidad procesal, la parte demandante, repite los argumentos expuestos en el recurso apelación, insistiendo en la vulnerado al derecho de igualdad de los soldados profesionales furente a los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, a quienes se les incluye como partida computable para la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad.

Aportó, dos providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y una del Tribunal Administrativo del Meta.

VI.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar o no a revocar la sentencia de primera instancia proferida el 25 de enero de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, en cuanto negó al señor ISNARDO GÓMEZ RUEDA el reajuste de su asignación de retiro, con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable.

6.1. Prima de navidad para soldados profesional.

El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció las partidas computables para la asignación de retiro:

“(...) Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales. (...).
(Subrayas fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto la duodécima parte de la prima de navidad está incluida como partida computable en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

Adicionalmente, recalca la Sala, que el Consejo de Estado mediante providencia de fecha 6 de septiembre de 2017, radicado No. 11001-03-15-000-2017-01906-00, Consejera Ponente Rocío Araujo Oñate, al resolver una acción de tutela interpuesta contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó la inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro para los soldados profesionales, estableció:

(...)

Por otra parte, se hace necesario precisar que la sentencia de unificación de la Sección Segunda de esta Corporación, no contempló dentro de sus reglas jurisprudenciales la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro como lo afirma el actor, por el contrario la unificación de criterio se restringió a reconocer el derecho que tienen los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales a un salario básico incrementado en un 60%. Así las cosas, la autoridad judicial procedió a analizar la norma aplicable al caso, esto es el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4463 de 2004, que estableció como partidas computables el salario mensual y la prima de antigüedad; en el parágrafo de esta normativa se dispuso que "...ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro", por tanto no era viable acceder a incluir una partida que no fue contemplada.

En este orden de ideas, no se advierte el desconocimiento del precedente alegado, pues se aplicó la normativa vigente aplicable al caso, como se indicó en precedencia." (Subrayas fuera del texto).

La anterior conclusión es la misma expuesta recientemente por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019¹, Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, fijando las siguientes reglas:

¹ Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). Demandante: JULIO CÉSAR BENAVIDES BORJA. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

(...)

5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro...}$

6.2. Caso concreto.

Se encuentra acreditado, que el señor ISNARDO GÓMEZ RUEDA prestó el servicio militar obligatorio, desde el 26 de julio de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1991 como soldado regular, que posteriormente fue soldado voluntario del Ejército Nacional durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1992 hasta el 31 de octubre de 2003. Seguidamente, desde el 1° de noviembre de 2003, pasó a desempeñarse como soldado profesional, hasta el 23 de noviembre de 2009, por adquirir el derecho a la pensión. (Ver hoja de servicio, folio 55).

A través de Resolución No. 3087 del 6 de septiembre de 2010 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al soldado profesional ® del Ejército Nacional ISNARDO GÓMEZ RUEDA. (Folios 8-9).

Así mismo se demostró, que el 16 de febrero de 2017, el señor ISNARDO GÓMEZ RUEDA, a través de apoderada judicial, elevó derecho de petición al Director de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro, con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable. (Folios 2-4).

De igual forma está acreditado, que el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dio contestación a la petición anterior, a través del Oficio 2017-10433 del 3 de marzo de 2017, despachando de forma desfavorable lo solicitado por el actor (fl. 5).

Así las cosas, de conformidad con reglas legales y jurisprudenciales sentadas en unificación por el Consejo de Estado, arriba referenciadas, es evidente que los soldados profesionales no tienen derecho a que se les incluya como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, por no estar contemplado ni en la ley ni en la jurisprudencia.

Además de lo anterior, se advierte que ni siquiera en la hoja de servicio del actor, se observa que éste hubiese devengado la prima de navidad mientras estaba en servicio activo, motivo aún más para negar la pretensión invocada.

Ahora, afirma la parte recurrente, que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado y desigual entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, lo que constituye según su dicho, una afectación a los derechos de igualdad de los demandantes, por lo que podría accederse a las pretensiones declarando la excepción de inconstitucionalidad.

Frente a lo anterior, se hace necesario traer a colación lo que en la sentencia de unificación que viene siendo analizada² y que constituye precedente de obligatorio cumplimiento para esta Corporación, se dijo respecto de este tema de la siguiente manera:

“Para dilucidar el asunto, debe darse aplicación al análisis que se efectuó al momento de definir las partidas computables para la asignación de retiro, así como a la sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994179 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005180, al concluir que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada por las siguientes razones:

i). Los sujetos pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. Los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes.

ii) La jerarquía militar es un criterio objetivo para diferenciar a los distintos grupos de miembros de la Fuerza Pública.

² Ibídem (Rad. 1701-2016).

iii). Las diferentes categorías se encuentran en situaciones de hecho disímiles, por lo que no puede predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

Las consideraciones de la Corte se aplican en su integridad en el presente análisis, como quiera que, si bien el porcentaje de liquidación de la asignación de retiro es diferente para los oficiales y suboficiales y para los soldados profesionales, también lo es que estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos. Ello toda vez que: i) pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y ti) los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes”.

En este orden de ideas, no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

A Igual consideración se llega, respecto de la situación entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio. Pues, a voces del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, esta diferencia de trato está constitucionalmente justificada en aplicación del principio de progresividad, el cual admite que la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así, las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

Al respecto, el Consejo de Estado³ literalmente, adujo:

De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado. 202.

Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en

³ SUJ-015-CE-52-2019.

principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

Por todo, es preciso indicar que el principio de favorabilidad que alega el actor para reclamar la prosperidad de sus pretensiones, no es aplicable al presente asunto, toda vez que la norma aplicable a los Soldados Profesionales en lo relativo a las partidas computables para la asignación de retiro es suficientemente clara cuando se determina que son únicamente aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad, sin que haya lugar a duda en su interpretación.

Cosa distinta, es que se pretenda obviar la existencia de una norma para darle aplicación a otra que regula una situación jurídica diferente como lo es la del personal de oficiales y suboficiales del Ejército Nacional. A lo cual si bien, esta jurisdicción venía accediendo, ello se dio como consecuencia de la ausencia de disposición normativa que consagrara tal beneficio, pero al existir actualmente en el ordenamiento jurídico dicha prerrogativa, y una posición unificada del Consejo de Estado, a estas es que se debe acudir para su reconocimiento, tal y como en efecto lo realizó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no a una diferente como lo pretende el actor.

Por las razones que anteceden, se confirmará la sentencia de primera instancia, proferida el 25 de enero de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda.

No habrá condena en costas, por no haberse probado su causación.

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

FALLA

PRIMERO: *CONFIRMAR* la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el 25 de enero de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 075.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado