

COPIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CARLOS ANDRÉS MENDOZA TRIANA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL
RÁDICADO: 20-001-33-33-007-2018-00508-01
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, de fecha 25 de abril de 2019, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: Declarar no probada la excepción de (i) legalidad de las actuaciones efectuadas por la caja de retiro de las fuerzas militares – correcta aplicación de los preceptos legales (ii) no configuración de falsa motivación, propuestas por el apoderado de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

SEGUNDO: Declárese la nulidad parcial del oficio No. 2017-64093 de fecha 11 de octubre de 2017, proferido por el Coordinadora de grupo integral de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-, mediante la cual se negó el reajuste de la asignación de retiro del señor Carlos Andrés Mendoza Triana, en los porcentajes previstos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, conformidad lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO A título de restablecimiento del derecho SE ORDENA a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-, liquidar la asignación de retiro reconocida del señor Carlos Andrés Mendoza Triana, aplicando de forma correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como quedó establecida en la parte considerativa de esta sentencia, esto decir, sin que se afecte doblemente la referida partida, desde la fecha en que fue reconocida, esto es desde el 30 de abril de 2017, hasta el momento en que se efectúe la liquidación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la entidad demandada que sobre las sumas de condena, reconozca y pague al demandante, los ajustes de valor, conforme al índice de

precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A. dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{R.H \text{ INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por las beneficiarias, 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 al momento en que se causó cada mesada.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes.

QUINTO: La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para el cumplimiento de esta sentencia observaran los artículos 192 Y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: NEGAR las demás suplicas de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: En firme este fallo, DEVUÉLVASE al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI, y archívese el expediente."(Sic para lo transcrito)

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Relató el apoderado del señor CARLOS ANDRÉS MENDOZA TRIANA, que éste ingresó al Ejército Nacional prestando su servicio militar obligatorio, luego, una vez terminó el período reglamentario, se incorporó como soldado voluntario para que finalmente, a partir del 1° de noviembre de 2003, ser promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro.

Adujo, que una vez cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció a su poderdante la asignación de retiro mediante Resolución No. 3495 del 11 de mayo de 2017, y; mediante derecho de petición de fecha 2 de octubre de 2017, el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro con el fin de que se tuviera como partida computable la prima de navidad y se liquidara la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, no obstante, mediante acto administrativo 2017-64093 del 11 de octubre de 2017, la petición fue negada.

Añadió, que desde el reconocimiento de la asignación, la entidad demandada viene liquidando la mesada de su poderdante, tomando la sumatoria de la

¹ Ver folios 97 respaldo y 98.

asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante se le aplica el 70%, determinándose así la mesada a cancelar.

Además expresó, que Cremil en la liquidación de la asignación de retiro no le computó como partida la prima de navidad sin que exista fundamento jurídico para su exclusión.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2017-64093 de fecha 11 de octubre de 2017, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó al actor el reajuste en su asignación de retiro.

Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en calidad del restablecimiento del derecho, al realizar el reajuste de la asignación de retiro del demandante, dándole correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así como también, incluyendo en la liquidación la duodécima parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos al a fecha de retiro.

Que se condene a cancelar el reajuste desde el reconocimiento de la asignación y hasta la fecha, además la indexación de los valores que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado de conformidad al artículo 187 del C.P.A.C.A, así como los intereses moratorios, y, se condene en costas a la entidad demandada así como las agencias en derecho.

III.- TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso a las pretensiones solicitadas, por cuanto esa entidad viene liquidando correctamente la asignación de retiro de acuerdo a la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Además precisó, que si al actor le asistiera algún derecho, no podría reconocérsele como quiera que estaría prescrito el derecho.

Agregó, que nunca ha existido falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por cuanto ellas se ajustaron a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

Finalmente, en relación a las costas, indicó que éstas sólo eran procedentes cuando en el expediente aparezcan causadas y comprobadas.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Valledupar accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo que al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro realizó una afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario mensual en los términos de la norma referenciada con el 38.5% equivalente a la prima de antigüedad y a ese resultado aplicarle el 70%, lo que como se consideró era una forma incorrecta de hacerlo, pues la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del 100% del salario mensual.

Sobre la inclusión de la 1/12 parte de la prima de navidad señaló, que no existía fundamento legal ni jurisprudencial para incluirla dentro de la asignación de retiro, razón por la cual, negó la pretensión en dicho tópico.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

La parte demandante interpuso recurso de apelación con el objeto que sea revocada la providencia, por cuanto insiste que es notable la desigualdad de que son objeto los soldados profesionales.

Sostiene, que la prima de navidad se le canceló al actor en los meses de diciembre, durante los 20 años en los que prestó el servicio, además, ésta se le tuvo en cuenta en la liquidación del auxilio de cesantías, lo que no permite dejar duda sobre el hecho de que es una prestación social que hace parte de la remuneración de los soldados profesionales, por lo que de conformidad con la jurisprudencia, debe ser tenida en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro.

Asegura, que en las partidas computables estipuladas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, existe una abismal diferencia entre soldados profesionales y los suboficiales y suboficiales, pues mientras a los primeros sólo se les tiene en cuenta como partida computable la prima de antigüedad, a los segundo se les reconoce de manera taxativa, la prima de actividad, de antigüedad, de estado mayor, de vuelo, gastos de representación, subsidio familiar y duodécima parte de la prima de navidad, por lo que aduce es evidente la vulneración al derecho de la igualdad.

Agrega, que no existe una razón valedera para negarles el acceso a un derecho que devengaron en actividad y que deben seguir percibiendo en su asignación de retiro para que sus ingresos no sean desmejorados. En virtud del o anterior considera, que se debe inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por ser inconstitucional.

Indica, que la no inclusión de la prima de navidad es una violación directa al principio de progresividad conllevando a un trato discriminatorio desproporcionado no autorizado ni por la Constitución Política ni por la ley.

Trae a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado acerca de ello.

Finalmente sostiene que la prima de navidad como factor salarial se puede reclamar en cualquier tiempo, de conformidad con la nueva posición jurisprudencial de la Corte Suprema fijada en la sentencia del 15 de junio de 2016.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Sólo presentó sus alegaciones finales la parte actora para traer a colación el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019 SUJ-015-CE-S2-2019.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos no emitió concepto de fondo.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Se contrae a establecer, si le asiste o no derecho al señor CARLOS ANDRÉS MENDOZA TRIANA a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reajuste su asignación de retiro, incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable.

8.3.- CUESTIONES PREVIAS.-

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar, que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013², tal como es el caso que nos ocupa.

De igual forma, debe señalarse que en el asunto de autos la parte demandante es apelante único, por lo tanto en atención al principio de la no reformatio in pejus, en esta segunda instancia no se puede hacer más gravosa su situación.

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

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:

² Acta No. 010.

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(...)." (Sic para lo transcrito) (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." (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Y, recientemente, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia de unificación, SUJ-015-CE-S2-2019, radicado: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-2016) de fecha 25 de abril de 2019, M.P William Hernández Gómez, estableció las reglas para el reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales, llegando a la misma conclusión señalada con anterioridad en relación a la partida de la duodécima parte de la prima de navidad, así:

1. *“En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

309. 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.*

(...)” (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

8.5.- CASO CONCRETO.-

Atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación incoado por la parte demandante, esta Corporación, en primer lugar, hará un recuento de los hechos probados en el proceso, en lo pertinente, así:

Se encuentra acreditado, que el señor CARLOS ANDRÉS MENDOZA TRIANA prestó el servicio militar obligatorio, desde el 5 de septiembre de 1996 hasta el 27 de junio de 1998 como soldado regular, que posteriormente fue soldado voluntario del Ejército Nacional durante el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1998 hasta el 31 de octubre de 2003. Seguidamente, desde el 1º de noviembre de 2003, pasó a desempeñarse como soldado profesional, hasta el 30 de enero de 2017, por adquirir el derecho a la pensión. (Ver hoja de servicio a folio 8).

Posteriormente, a través de Resolución No. 3495 del 11 de mayo de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al soldado profesional ® del Ejército Nacional CARLOS ANDRÉS MENDOZA TRIANA. (Folios 9 y 10).

Así mismo se demostró, que el 2 de octubre de 2017, el actor 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, para que se incluyera la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable, entre otras peticiones que en este momento no nos competen. (Folios 2 a 4).

De igual forma está acreditado, que la Coordinadora Grupo Integral de Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dio contestación a la petición anterior, a través del Oficio 2017-64093 del 11 de octubre de 2017, negando la solicitud incoada por el demandante. (Folios 5 y 6)

Así las cosas, de conformidad con reglas legales y jurisprudenciales sentadas en unificación por el Consejo de Estado, arriba transcritas, 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 atisba que éste hubiese devengado la prima de navidad mientras estaba en servicio activo, motivo aún más para negar la pretensión invocada.

Ahora bien, aduce 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 al derecho de igualdad del demandante, por lo que podría accederse a las pretensiones declarando la excepción de inconstitucionalidad.

Al respecto, es menester traer a colación lo que la sentencia de unificación del Consejo de Estado ya citada, señaló con relación a la supuesta vulneración al derecho de igualdad alegada:

1. *“Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime³ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribire ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.*

2. *En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»⁴, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»⁵, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».*

3. *Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994⁶ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005⁷, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:*

La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la

³ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

⁴ T-587 de 2006.

⁵ Ibidem.

⁶ Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

⁷ Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes⁸. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, **el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo**, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. **Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.**

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. **Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales⁹. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes¹⁰.**

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, **las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas».** (negrita fuera de texto)

4. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

(...)

⁸ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995.

⁹ Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

¹⁰ Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

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

6. **En conclusión**, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

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

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

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

De conformidad con lo anterior, en el presente asunto no es procedente alegar la supuesta vulneración al derecho de la igualdad por las partidas que se tienen en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y la de los oficiales y suboficiales, pues en primer lugar aquellos se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, y, en segundo lugar, por cuanto la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad, de conformidad con lo sostenido por la máxima Corporación en la sentencia de unificación transcrita.

En consecuencia, estima la Sala que en el presente asunto, el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo atacado, motivo por el cual resulta imperioso CONFIRMAR la sentencia apelada.

8.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

En esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

IX.- DECISIÓN.-

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, esto es, la proferida en audiencia inicial el día 25 de abril de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 109, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO

CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO
(Ausente con permiso)



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE