



República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público  
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja  
Correo institucional: [j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Tunja, 09 AGO 2018

DEMANDANTE: JOSE BEDEL MONTES CEBALLOS  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
RADICACIÓN: 150013333014 2017-00097 00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (Fis. 2 y vto):

- Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos conformados por los oficios No. 0082635, del 14 de diciembre de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante, y No. 0004418 del 09 de febrero de 2017, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.
- Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del demandante, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales:

*REAJUSTE POR VIOLACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR LA DUODÉCIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD, LIQUIDADADA CON LOS ÚLTIMOS HABERES PERCIBIDOS A LA FECHA DE RETIRO, COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, CUANDO A TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES, SE LES TIENE EN CUENTA EN LA LIQUIDACIÓN RESPECTIVA.*

- Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos.



- Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados al demandante.
- Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados al demandante.
- Que se condene en COSTAS a la entidad demandada.

## 2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls. 2 vto)

- El demandante ingresó al Ejército Nacional en condición Soldado Regular el **3 de julio de 1987**, como Soldado Voluntario a partir del **01 de marzo de 1989**, y para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba esta condición desde hacía varios años.
- En condición de soldado voluntario la vinculación del demandante al Ejército Nacional estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.
- Por decisión del Ejército Nacional el señor **JOSE BEDEL MONTES CEBALLOS**, al igual que todos los soldados voluntarios, paso a ser denominado soldado profesional a partir del 1º 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 del 31 de Diciembre de 2004.
- El demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional hasta el **16 de noviembre de 2007**, estando asignado el **Batallón de Bárbula con sede en Puerto Boyacá - Boyacá**, y durante más de veinte (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. **3634 del 28 de diciembre de 2007**.

## 3. NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE VIOLACION:

REAJUSTE POR VIOLACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR LA DUODÉCIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD, LIQUIDADADA CON LOS ÚLTIMOS HABERES PERCIBIDOS A LA FECHA DE RETIRO COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, CUANDO A TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES, SE LES TIENE EN CUENTA EN LA



## LIQUIDACIÓN RESPECTIVA.

Aduce que la Constitución de 1991, establece el **DERECHO A LA IGUALDAD**, en su artículo 13 en los siguientes términos:

*“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”*

Para el presente caso, resulta evidente la vulneración del derecho a la igualdad de mi representado, si se tiene en cuenta que en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se establece:

*“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 6º 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 encuentra reconocido a la fecha de retiro.
- 13.1.8. Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

### 13.2 Soldados Profesionales:

- 13.2.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.
- 13.2.2. Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

*Parágrafo...”*

Como se observa los Soldados profesionales, y en especial el demandante, se encuentran en desigualdad de condiciones; porque para los oficiales y suboficiales del Armada Nacional, e incluso para el personal civil, se incluye como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, mientras que a los Soldados profesionales se les omite esta prestación.



Los Soldados Profesionales presentan una grave desmejora en sus ingresos con la decisión del Armada Nacional de disponer su baja, toda vez que estando activos, reciben una remuneración mensual que supera \$1.800.000.00 y una vez son dados de baja después de servir durante más de veinte años a la Institución, su asignación de retiro queda apenas en \$699.000, suma a la que además, se le practican varios descuentos.

La gran mayoría de los Soldados profesionales, por no decir todos, sufren durante su vinculación con el Armada Nacional pérdida en su capacidad laboral, lo que les impide desempeñarse laboralmente con posterioridad a su retiro de la Institución, lo que los obliga a vivir de la asignación por retiro que les es reconocida por la Caja a su cargo.

Por todas las razones expuestas y siendo evidente la vulneración al derecho a la igualdad que le asiste al demandante, solicita el REAJUSTE de la Asignación por retiro que actualmente devenga, para que en el mismo se incluya como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, el cual debe producirse a la mayor brevedad posible para evitar que se le cause un perjuicio irremediable.

Considera que se vulneran las siguientes normas: Constitución Política: Artículos 13, 25, 29, 53 y 58. Código Contencioso Administrativo: Artículos 206 a 214. Ley 4ª de 1992: Artículo 10, Decreto 1793 de 2000. Decreto 1794 de 2000. 6. Decreto 4433 de 2004.

En relación al artículo 13 de la Constitución Nacional, indica que sin tener en cuenta que para todos y cada uno de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, así como para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, al momento de efectuar la liquidación de su asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad, salvo para los soldados profesionales a quienes no se les paga, colocándoles en situación de desigualdad frente a su compañeros y lo que es peor, sin tener en cuenta que son precisamente los soldados profesionales quienes están obligados a soportar todas las afujías, penurias y vejámenes de la guerra.

Es clara la vulneración de los principios Constitucionales a que tienen derecho los soldados profesionales toda vez que, como ya se demostró, se vulnera su Derecho a la Igualdad, también se violan sus derechos a recibir una remuneración mínima, vital móvil, y al respeto por los derechos adquiridos.

Es así que se deja de aplicar lo normado en el Régimen Salarial y Prestacional de los Soldados Profesionales con relación a la asignación salarial mensual a que tienen derecho, teniendo en cuenta que su vinculación se produjo bajo los parámetros de la Ley 131 de 1985, vulnerando su derecho a una asignación salarial justa y acorde con las funciones que ejercen, y desconociendo los principios legales que les resultan aplicables.



Los Soldados Profesionales están siendo víctimas de discriminación por parte de la entidad demandada, toda vez que deja de reconocerles los derechos tanto de rango constitucional como legal que les resultan aplicables y por esta razón está devengado una asignación salarial mensual muy inferior a la que realmente les corresponde.

De acuerdo con lo anterior resulta evidente la violación de los principios y derechos Constitucionales antes citados.

Respecto del artículo 4º de la Constitución Nacional de 1991, establece:

*"Art. 40.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

*Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."*

Así mismo, la Ley 57 de 1887 en su artículo 5º ordena:

*"Art. 50. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella."*

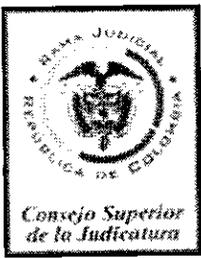
Adicionalmente, el artículo 9º de la Ley 153 de 1887 establece:

*"Art. 90. La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente."*

En efecto, disposiciones Constitucionales y Legales son claras en establecer que la Constitución por su carácter de Norma de Normas tiene una jerarquía superior a cualquier otro precepto del ordenamiento jurídico. En el caso que nos ocupa es claro que el numeral 13.2 del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 es inconstitucional por ser contrario a lo ordenado en la Carta Política de 1991.

Pero hay que tener presente que la Excepción de Inconstitucionalidad tiene una forma particular de operar que ha explicado la Corte en su Jurisprudencia, en la Sentencia C-600 de 1998, la cual estableció:

*"La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de sí existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso.*



*Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicable no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.*

*La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquella."*

Como resultado del texto citado no debe entenderse que la Excepción de Inconstitucionalidad significa que la norma comparada con las directrices Constitucionales quede por fuera del ordenamiento jurídico por el hecho de concluirse su incompatibilidad con disposiciones de la Carta Política, sino que la consecuencia consiste en la inaplicación de la misma para el caso específico y concreto en que se esté exigiendo su cumplimiento, por ejemplo, cuando un particular o un ente de control se dirigen a la autoridad encargada de hacer cumplir la norma para que procedan de conformidad con dicho deber. Es en ese momento y para ese específico caso que la Autoridad puede y debe hacer uso de la figura de la Excepción de Inconstitucionalidad contemplada en el artículo 4º Superior y de esta manera ha de responder a la solicitud elevada.

Así mismo, el H. Consejo de Estado, en Sala Plena, se pronunció mediante Sentencia del 1º de Abril de 1997, con ponencia del H. Magistrado Juan de Dios Montes Hernández, con relación a la EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD en los siguientes términos:

*"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales."*

*"Puede verse con facilidad que el sistema de control constitucional por vía de excepción se amplió con el nuevo precepto, y, por lo tanto, un acto administrativo, que desde luego es norma jurídica, puede ser inaplicable si viola el estatuto constitucional, aunque haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría."*

*Definir la Constitución como "Norma de normas" genera consecuencias de suma importancia. Por lo menos las que enseguida precisa la Sala:*

*"Vincula o afecta a los miembros de la comunidad y a la totalidad del sistema jurídico político. Por esto, el juicio jurídico de razonabilidad jerárquica ha de hacerse comparando, no solamente la ley con la Constitución como sucedía antes de 1991, sino las demás normas jurídicas con ella, para decidir su aplicación preferente, si aquellas desconocen sus preceptos y principios fundamentales."*

*La Constitución reafirmó la jerarquización del ordenamiento jurídico, del cual se desprende, como corolario lógico, el principio de que una norma superior señala el contenido, la competencia y el procedimiento para la creación de otras normas jurídicas. Son, en otros términos, los principios de validez y eficacia de la norma."*



*Tal actividad puede multiplicarse en el desarrollo de las funciones inherentes a los órganos de la estructura estatal, hasta llegar a una sentencia, norma jurídica que cierra el sistema, como manifestación de la seguridad jurídica.*

*De modo que, cuando una norma inferior riñe con la Constitución, ésta tendrá preferencia, y, por consiguiente, la primera es inaplicable para el caso.*

*Este fue el axioma que orientó, ab initio, la revisión de las leyes por parte de los jueces."*

Es claro entonces que el numeral 13.2 del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, resulta inconstitucional al dejar de incluir como partida computable para la asignación de retiro la duodécima parte de prima de navidad que devengan los demás miembros de la Fuerza Pública, Oficiales y Suboficiales.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la Constitución Política y de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales antes citados, se debe inaplicar por inconstitucional la norma antes referida y en su lugar se debe incluir la duodécima parte de prima de navidad como partida computable dentro de la asignación de retiro a que tiene derecho el demandante.

Lo anterior es absolutamente claro si se tiene en cuenta que el numeral 13.2 del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 resulta contrario a lo establecido en el Artículo 13 de la Constitución Política, al vulnerar el derecho a la igualdad del demandante frente a los demás miembros activos y retirados del Ministerio de Defensa Nacional.

## II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL (FL. 42 Y SS), contesta la presente acción a través de su apoderada, señalado para el efecto lo siguiente:

Respecto a las pretensiones se oponen, frente a los hechos, aceptan como ciertos los relacionados con el reconocimiento de la prestación, el procedimiento administrativo, frente a lo demás se oponen. Argumenta la legalidad de las actuaciones realizadas por la caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Se efectuó una correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, para el caso, el decreto 4433 de 2004 art. 13, señala las partidas computables para el personal de las fuerzas militares, Oficiales y suboficiales, 13.1.8 Duodécima parte de la prima de navidad liquidada en los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.



No obstante lo anterior, se estipuló solo para oficiales y suboficiales, y no para el caso del actor. Al respecto el artículo 13 *ibídem* señala la liquidación de los soldados profesionales debe efectuarse con el salario mensual en los términos del inciso primero del art 1 del decreto 1794/2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el art 18 del presente decreto. Así esta norma tiene un carácter especial que prima sobre el general. Además en forma taxativa fueron consagrados los parámetros condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento. Finalmente la prima de navidad no es un derecho que los soldados hayan percibido. Señala que no se configura la falsa motivación y tampoco la violación al derecho a la igualdad.

### III. ACTUACION PROCESAL

#### 1. AUDIENCIA INICIAL

Una vez admitida la demanda, mediante Auto proferido por este Despacho, el día 19 de julio de 2017 (fls. 27 y ss), se notificó a las partes<sup>1</sup>; con posterioridad se procedió a realizar audiencia inicial el día 18 de abril de 2016 (fls. 91 y ss), previa convocatoria mediante auto de fecha 22 de febrero de 2018, desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A. Se fija el día 28 de mayo de 2018 para llevar a cabo el desarrollo de la audiencia de pruebas.

#### 2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Debido a la designación del titular del despacho como escrutador en las elecciones del 27 de mayo de 2018, el despacho mediante auto del 17 de mayo de 2018, debió fijar la fecha para la audiencia de pruebas, a realizarse el 6 de junio del presente año (fls. 117). Llegado el día 6 de junio de 2018, se efectuó la audiencia de pruebas (fls. 120 y ss) en los términos del artículo 181 del C.P.A.C.A., incorporándose de este modo las pruebas decretadas de oficio, posterior control de legalidad de las mismas. Culminada la audiencia, de conformidad con el inciso tercero del artículo 181 del C.P.A.C.A se corre traslado a las partes, en el término de 10 días para que presenten sus alegatos.

### IV. ALEGATOS

- PARTE DEMANDANTE (fl. 125 y ss)

<sup>1</sup>Ver folios 35 y ss.



La apoderada reitera sus argumentos expuestos en la demanda, resalta que la prima de navidad fue instituida en el régimen salarial de los soldados profesionales, esto es el decreto 1794 de 2000, es decir que les es pagada cuando están en servicio activo, dicho factor salarial no fue tenido en cuenta como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, cuando a los oficiales y suboficiales si se les tienen cuenta como partida computable para la liquidación de asignación de retiro.

Es claro que de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 existe un trato diferenciado y desigual para los soldados profesionales que los coloca en condiciones de inferioridad e indefensión frente a los oficiales y suboficiales e incluso a los miembros de la policía nacional entre ellos a los de más bajo rango, pues 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 no ver desmejorados sus ingresos luego de más de veinte años de privaciones y de sacrificio en su vida laboral como militares, en igualdad de trato frente a los demás miembros de la Institución, en respeto a los derechos fundamentales que les asisten.

También aduce que la corte ha sostenido que en tratándose de regímenes especiales no se puede desconocer el principio de la igualdad, pues con más razón estas personas son apartados del régimen general de la seguridad social, estos regímenes especiales buscan garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por su condición especial se les debe aplicar un trato diferente, pero más favorable, además no se puede dejar a un lado la división odiosa que entabla la norma entre oficiales - suboficiales y soldados profesionales, pues lo cierto es que hacen parte de una misma fuerza y que velan por la seguridad y tranquilidad de todo el Estado Colombiano, siendo estos últimos los más afectados económicamente pues mientras a los oficiales y suboficiales se les incluyen más de 8 partidas computables para la asignación de retiro, los soldados profesionales solo disfrutaban de 1.

Considera finalmente que se deben tener como prueba la totalidad de las documentales que reposa en el expediente y que demuestran en forma clara la condición bajo la cual estuvo vinculado el demandante al Ejército Nacional y el derecho que le asiste al reajuste de la asignación salarial y prestacional reclamado.

• **PARTE DEMANDADA (fls. 138-148):**

Respecto al caso bajo estudio se puede extraer en sus alegaciones finales lo siguiente:



**INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INCLUIR Y LIQUIDAR COMO PARTIDA COMPUTABLE LA PRIMA DE NAVIDAD. EN LA ASIGNACION DE RETIRO DEL SOLDADO PROFESIONAL, NI EL CUATRO (4%) POR CADA AÑO QUE EXCEDA A LOS VEINTE (20) AÑOS DE SERVICIO.**

Es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se estableció la partida computable denominada de la Prima de Navidad, para ser tomada en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales, así pues señala la norma: "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:

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro". No obstante lo anterior, y tal como puede apreciarse esta partida se estipuló para los oficiales y suboficiales, razón por la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES no liquidó esta partida en la asignación de retiro del actor, obrando de conformidad con el mandato legal. Ahora bien tal como se puede apreciar en el artículo 13 *IBÍDEM*, Numeral 13.2 las liquidaciones de los soldados profesionales deben realizarse teniendo en cuenta: "13.2 Soldados Profesionales: 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 del Decreto-ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto".

Dicha norma se constituye entonces en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contraria. (Artículo 45 del decreto 4433 de 2004).

Por consiguiente, al revisar la norma antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni, siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de la prima de navidad y el cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda a los veinte (20) años de servicio.

Es preciso señalar que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados



profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Es así que el citado Decreto 4433 de 2004, dispone:

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

Dicha norma se constituye entonces en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias. (Artículo 45 del decreto 4433 de 2004)

Por consiguiente, al revisar la norma antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento **de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes**, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

*Acreditación de un tiempo de servicio de 20 años. Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%.*

*Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.*

Al respecto, nótese como la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de subsidio familiar.

Aunado a lo anterior, es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispone cuales son las partidas que deben ser liquidadas en cada caso, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro así:

*"ARTICULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

*Oficiales y Suboficiales:*

*1 (-)*



*Soldados Profesionales:*

*Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000.*

*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.*

De la norma anteriormente transcrita, se colige que la entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no esta consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de asignación de retiro, para los Soldados Profesionales, razón suficiente para NO DESVIRTUAR LA PRESUNCION DE LEGALIDAD de los actos demandados.

Trae a contexto varias sentencias sobre el tema de las partidas computables, negando las súplicas de la demanda, posteriormente explica sobre la hoja de servicios y argumentación relativa a la partida del subsidio familiar. Para finalmente señalar que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad.

- **MINISTERIO PUBLICO (fls. 127-137):**

Hace un recuento de los antecedentes del caso, las pruebas recaudadas, así como un análisis de la prima de navidad y su reconocimiento para el personal de las fuerzas militares, finalmente concluye lo siguiente:

- i) Declarar no probadas las excepciones denominadas “ **NO CONFIGURACION DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**” y “ **NO CONFIGURACION DE VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD**” propuestas por CREMIL;
- ii) Inaplicar por inconstitucional e ilegal para el caso, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por resultar contrario a los artículos 13 y 42 de la Carta política y al artículo 2 de la Ley 923 de 2004, especialmente los principios de igualdad y equidad; (iii) declarar la nulidad del Oficio No. 2016-82635 de 14 de diciembre de 2016, expedido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual negó el reconocimiento de la duodécima parte de la Prima de Navidad como



partida computable para liquidar la asignación de retiro, así como del Oficio 2017-4418 de 9 de febrero de 2017 a través del cual el mismo funcionario declara improcedentes los recursos de reposición y apelación contra el primer acto; y (iv) a título de restablecimiento del derecho, ordenar a CREMIL reliquidar la asignación de retiro reconocida al Soldado Profesional (r) José Bedel Montes Ceballos reconocida a través de Resolución No. 1402 de 7 de marzo de 2014, incluyendo como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, en los términos indicados en precedencia, y en consecuencia, disponer el pago de las diferencias, así como el pago indexado de los dineros adeudados.

#### V. ANALISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

##### **Documentales:**

- Copia del derecho de petición, dirigido a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el 28 de noviembre de 2016 bajo el radicado 20160101867, mediante el cual el actor solicita la reliquidación de su asignación de retiro de reliquidación y reajuste de asignación mensual de retiro con la inclusión de la prima de navidad y poder conferido a la abogada (fls. 8-10, 62-63).
- Oficio **0082635 del 14 de diciembre de 2016** por el cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CREMIL en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante. (fls. 11 y vto, 67)
- Copia del recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior decisión radicado el 29 de diciembre de 2016 (fls. 12, 68 vto-69)
- Oficio No. **0004418 del 09 de febrero de 2017**, mediante el cual se resolvió el recurso que el recurso de reposición es improcedente (fl. 13, 69 vto-70)
- Copia de la Resolución No. 3634 de 28 de diciembre de 2007, por la cual el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoce al señor José Bedel Montes Ceballos su asignación de retiro, en el equivalente al 70% del salario mensual



previsto en el Decreto 4580 de 2006, indicado en el numeral 13.2.1., del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a partir del 15 de febrero de 2008. (fls. 14-15, 60 vto-61 vto, 104 vto-105 vto)

- Copia de la Hoja de Servicios No. 3-00015905079 de 13 de noviembre de 2007, expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional en la cual se verifica que el señor José Bedel Montes Ceballos prestó servicios al Ejército Nacional, a partir del 3 de julio de 1987 a 17 de febrero de 1989 como Soldado Regular; del 1 de marzo de 1989 a 31 de octubre de 2003 como Soldado voluntario, y como Soldado Profesional a partir del 1 de noviembre de 2003 a 15 de noviembre de 2007, por el término de 20 años, 4 meses y 26 días. Así mismo consta los últimos haberes en nómina de octubre de 2007 (fls. 16- 17, 56 y vto, 100)
- Copia de la certificación No. 2014-37535 CREMIL de 5 de junio de 2014, expedida por CREMIL, en la que informa que revisada la nómina de asignaciones de retiro de la entidad, se verificó que al soldado profesional José Bedel Montes Ceballos se le liquida su asignación de retiro, con la sumatoria del sueldo y el 38.5% de la prima de antigüedad, valor del cual se toma el 70% para obtener el monto de la asignación. (fl. 18)
- Copia del expediente administrativo del demandante sobre el reconocimiento de la asignación de retiro (fls. 55-70 y 99-107)
- Certificación emitida por la DIRECCION DE PERSONAL DEL EJERCITO, de fecha 25 de abril de 2018, mediante el cual se señala que en nómina de noviembre de 2007 le fue pagada al actor la Prima de navidad en la suma de \$ 658.790.30 (FL. 110)

## VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

### 1. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico a resolver, consiste en establecer:

- i) *Se debe declarar la nulidad del acto administrativo demandado oficios No. 0082635 del 14 de diciembre de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante, y No. 0004418 del 09 de febrero de 2017, No. 0011801 del 20 de febrero de 2014 que niega el recurso interpuesto;*
- ii) *En caso afirmativo establecer si el demandante JOSE BEDEL MONTES CEBALLOS tiene derecho a que se reajuste la asignación de retiro, para incluir como partida computable LA DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD, en virtud del*

*principio de igualdad.*

## 2. TESIS

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda, su contestación y las alegaciones finales, el despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:

- **Tesis Argumentativa de la Parte Demandante:**

*Considera que se configura la violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P, al dejar de incluir la duodécima parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro, como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares, se les tiene en cuenta en la liquidación respectiva. Lo anterior ocasiona una grave desmejora en sus ingresos, se vulnera el derecho a una remuneración mínima, vital y móvil y al respeto por los derechos adquiridos. Por lo anterior considera que se debe inaplicar el numeral 13.2 del art. 13 del decreto 4433 de 2004, para incluir en las partidas computables la prima de navidad devengada en actividad por el actor.*

- **Tesis Argumentativa de la parte Demandada- CREMIL:**

*Considera que las actuaciones realizadas por la caja de Retiro de las Fuerzas Militares se encuentren en el marco de la legalidad, por cuanto se ha efectuado una correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, para el caso, el decreto 4433 de 2004 art. 13, señala las partidas computables para el personal de las fuerzas militares, Oficiales y suboficiales, 13.1.8 Duodécima parte de la prima de navidad liquidada en los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro; esta norma tiene un carácter especial que prima sobre el general. La prima de navidad no es un derecho que los soldados hayan percibido. Señala que no se configura la falsa motivación y tampoco la violación al derecho a la igualdad.*

- **Tesis Argumentativa propuesta por el Juzgado**

*El Juzgado accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, ya que se desvirtuó la legalidad de los actos administrativos demandados, pues se estructuró la violación a principios constitucionales y legales, en la medida en que se acreditó un trato desigual, e injustificado, por cuanto el decreto 4433 de 2004, art 13, no previó para la asignación de retiro de los soldados profesionales la inclusión del factor Prima de navidad, a pesar de haberlo devengado en servicio activo, no obstante haberlo previsto para los oficiales y Suboficiales, lo cual evidencia una notable discriminación. Así se procederá a inaplicar las normas que prohíben inclusión de otros factores en la asignación de retiro de los soldados*



profesionales, y en su lugar ordenara que la demandada reconozca y pague la **Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro** como factor computable en la asignación de retiro, así mismo ordenará reliquidar, y pagar, las diferencias resultantes entre lo efectivamente pagado y lo que realmente le corresponde; pero con efectos fiscales a partir del 28 de noviembre de 2012, por ocurrir el fenómeno de la Prescripción.

### 3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A efectos de resolver el interrogante planteado en el problema jurídico, es imperioso traer al plenario, la base legal y jurisprudencial que regula el tema propuesto en esta instancia, al tenor del siguiente orden expositivo: **i) El Derecho a la igualdad y la prima de navidad para los Soldados Profesionales; ii) La excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad y iii) el caso concreto**

#### **i) DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PRIMA DE NAVIDAD PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES:**

El artículo 13 de la Constitución Política regula dos dimensiones del derecho a la igualdad: **i) La formal o ante la ley**, que se fundamenta en que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y por ende deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación y; la **ii) material o de trato**, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.<sup>2</sup>

Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente, sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual.

Para el efecto, la jurisprudencia constitucional<sup>3</sup> diseñó el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: i) determinación de los criterios de comparación, esto es, determinar si se trata de sujetos de la misma naturaleza, ii) definir

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia T-629 de 2010, Referencia: expediente T-2384611.

<sup>3</sup> *Ibidem*.



si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y, iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

De otra parte se tiene que el artículo 2º de la Ley 923 de 2004, señaló la **igualdad** y la **equidad** como principios medulares para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y estableció como objetivo y criterio la prohibición de discriminar por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso la parte demandante argumenta que al no tenerse como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, la prima de navidad que fue devengada en servicio activo, se está generando un trato discriminatorio y violatorio al derecho a la igualdad. De esta forma se plantea el quebrantamiento al principio de igualdad, dentro de las regulaciones de los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, frente al artículo 13 de la Constitución Política.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el mandato contenido en el artículo 13 superior, no impide que el legislador introduzca regímenes o tratos diferenciados a sujetos o situaciones siempre que ello se ajuste a los preceptos constitucionales, destacando al efecto **la importancia de fines y medios**; de los fines para señalar **que el objetivo en la diferenciación debe ser constitucionalmente relevante** y de los medios, **que la deferencia de trato sea un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución del objetivo**<sup>4</sup>.

Así las cosas, para resolver el cargo de violación al derecho a la igualdad el Despacho procederá a hacer una comparación entre las disposiciones jurídicas que regulan la Prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro al interior de la fuerza pública y de manera concreta la distinción existente entre soldados profesionales y Oficiales y Suboficiales. Para tal fin, resulta indispensable la aplicación del *test de igualdad*, toda vez que al ser el principio de igualdad de naturaleza relacional solo se puede concretar ante situaciones que puedan significar un injustificado trato diferenciado.

Por tanto, para que se pueda dar un trato distinto se debe tener presente ***“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***

<sup>4</sup> Sentencia C-057 del 03 de febrero de 2010, M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.



*una racionalidad interna; y iv) que existe proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad”<sup>5</sup>.*

Ahora bien, al buscar una diferencia entre los dos grupos pertenecientes a la misma Fuerza Pública, se acude a las responsabilidades o tareas a ejecutar en cabeza de cada uno, tal como lo ha establecido la Jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>6</sup>, según la cual, los “*oficiales son aquellos formados, capacitados 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 oficiales*”<sup>7</sup>; “*Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las acciones de los comandantes*”<sup>8</sup>. Estos escenarios que desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, ubican a tales grupos en situaciones de hecho distintas y por lo mismo, en principio, no tendrían que estar sometidos al mismo tratamiento, sin embargo los Soldados Profesionales, como se dijo, tienen mayor derecho a la prima de navidad porque se encuentran en inferiores condiciones frente a los Oficiales y Sub Oficiales.

Lo anterior, por cuanto el decreto 1211 de 1990, consagró la **prima de navidad** para Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 95; de la siguiente forma:

*“.. Los oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a percibir anualmente del Tesoro Público una prima de navidad, equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo a su grado o cargo...”*

Ahora bien, para los soldados profesionales, el artículo 5 del decreto 1794 de 2000, señaló al respecto lo siguiente:

**“PRIMA DE NAVIDAD:** *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada en el mes de diciembre de cada año...”*

Entonces, se puede evidenciar que la prima de navidad percibida en servicio activo, para los soldados profesionales es ostensiblemente menor a la de los Oficiales y Suboficiales.

<sup>5</sup> Sentencia C-057 de 2010. Magistrado Ponente: Excmo. Señor José María González Cuervo. También se citó en la T-587/06.

<sup>6</sup> Sentencia C-057 de 2010

<sup>7</sup> Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

<sup>8</sup> Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

Por su parte, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, dispone respecto de las partidas que deben ser liquidadas en cada caso, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro así:

*"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:*

**13.3 Oficiales y Suboficiales:**

- 13.3.1. Sueldo básico
- 13.3.2. Prima de actividad
- 13.3.3. Prima de Antigüedad
- 13.3.4. Prima de estado mayor
- 13.3.5. Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente Decreto.
- 13.3.6. Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia
- 13.3.7. Subsidio Familiar en el porcentaje que se encuentra 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.**

**13.4 Soldados Profesionales:**

- 13.4.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.
- 13.4.2. 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" (negrillas y subrayados por este despacho)**

Así las cosas, el rango y jerarquía no resultan justificables para reconocer la prima de navidad, como partida computable para la asignación de retiro a solo un grupo de personas y se excluyen de los demás. En tal sentido, debe darse prevalencia a lo estipulado en el inciso 2º del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia. De esta manera, **no resulta razonable excluir a algunos miembros del régimen especial, únicamente por el grado jerárquico que posean.**

Determinado que se está ante el mismo grupo de servidores, pertenecientes a un régimen de excepción y que de cara a la naturaleza del beneficio no es posible sostener la exclusión de un segmento del conjunto o en nuestro caso la diferenciación desproporcionada en su cómputo, se puede concluir así mismo que **la finalidad de la distinción no consulta valores y principios constitucionales.**



Por tanto, al aplicar la doctrina constitucional, es dable concluir para el caso bajo estudio que la diferencia de tratamiento entre el personal de soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares; tanto en actividad (decretos 1211/90 art 95 y decreto 1794 de 200 art.5), como la exclusión del factor prima de navidad en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, representa una afectación del principio de igualdad, más aun si se tiene en cuenta que los Oficiales y Suboficiales se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

De otra parte cabe precisar, que cuando se trata de salarios y prestaciones sociales, existe además el **principio de progresividad**, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, en concordancia con lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En un caso de similares contornos el Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia de fecha 14 de noviembre de 2017. M.P:Dr. FABIO AFANADOR EXP 1500133330092015-00013-01, indicó:

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

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

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

*...La Sala, en atención de los principios plasmados en el precepto legal 103 de la Ley 1437 de 2011-CPACA, patentizará "la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico", esto es, dará aplicación al artículo 4° del Ordenamiento Superior y al artículo 148 del CPACA, consistente en inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser inconstitucional e ilegal frente a los fines de la Ley 923 de 2004, por las siguientes razones:*

*...Si bien, a los Soldados Profesionales se les reconoce en servicio activo la prima*



de navidad de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es excluido al momento de su retiro, como lo prevé el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y el párrafo lo prohíbe incluir, teniéndose en cuenta solamente la prima de antigüedad. A su turno, en el artículo 16 *ibidem*, únicamente adiciona el porcentaje previsto para la prima de antigüedad, sin que igualmente se indique nada respecto de la prima de navidad.

- En el otro grupo de miembros de la Fuerza Pública, denominados Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, se les reconoce la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 y también en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, -en el que se exceptúa a los soldados profesionales-, diferenciación de trato que para la Sala no es plausible constitucionalmente, pues los dos grupos, -Soldados Profesionales y Oficiales y Suboficiales-, hacen parte de la misma Fuerza Pública.

La Sala precisa entonces, que para establecer tal situación, esto es, diferenciación de trato, se debe subsumir además otras circunstancias que efectivamente marcan la discriminación impartida entre partes, esto es, "(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" 28

Si bien los dos grupos pertenecen a una misma Fuerza Pública, la diferencia que entre ellos radicaría se limita en determinar las responsabilidades y tareas a ejecutar en cabeza de cada uno, pues como bien lo ha enseñado la Jurisprudencia Constitucional, 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 oficiales." y "Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes". Estos escenarios que desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, ubican a tales grupos en situaciones de hecho distintas y por lo mismo, en principio, no tendrían que estar sometidos al mismo tratamiento...."

De lo anterior podemos establecer que es evidente el trato desigual y sin justificación que se le da a los Soldados profesionales, al momento de liquidar su asignación de retiro por cuanto, solo le tiene en cuenta su asignación básica y la prima de antigüedad, cuando también percibían la prima de navidad, y este factor si es reconocido para los Oficiales Y suboficiales, lo cual genera un trato desigual.

## ii) La excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad

Respecto a esta facultad se ha determinado la existencia de una posibilidad o herramienta del administrador de justicia, que puede ser alegada o no por la parte interesada, cuando se evidencia una clara contradicción entre la disposición aplicable en un caso concreto y la



Constitución Política, con el fin de proteger derechos fundamentales puestos en riesgo por normas de inferior jerarquía que la contravengan, so pena de dar lugar a un defecto sustantivo en las decisiones que se emitan sin observar dicha contradicción. En este sentido, se ha precisado que lo que se pretende es que los efectos de la norma cuestionada no se reproduzcan dada su contradicción con el estatuto superior, por ello la guardiana de la misma ha puntualizado que:

*“La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...” (...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. (...)”*<sup>9</sup>

Entonces, partiendo de la supremacía constitucional, debe entenderse que existe una jerarquía normativa donde su máxima expresión se edifica en la Carta Magna, permitiendo concretar el Estado de Derecho, al siguiente pormenor:

*“La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla*

---

<sup>9</sup> C 112-11



*de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4<sup>o</sup>.<sup>10</sup>*

Así, la jerarquía normativa se deriva de la misma Constitución Política y no todas las normas tienen la misma prevalencia, sin dejar de lado que las leyes expedidas por el Congreso de la República ocupan en principio una escala superior a las demás dado que se expiden atendiendo las facultades constitucionales otorgadas al órgano legislativo, de manera que otras disposiciones emanadas de autoridades administrativas no deben sólo observar las leyes sino la misma Carta Magna a fin que no riñan con los ordenamientos superiores.

En este sentido, la Ley 1437 de 2011 en su artículo 148 faculta a los jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para que de oficio o a petición de parte, inapliquen con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley, de manera que *la decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.*

#### 4. CASO CONCRETO:

De acuerdo con el acervo probatorio allegado al plenario se encuentra demostrado lo siguiente:

- Que el señor **JOSE BEDEL MONTES CEBALLOS**, laboró como soldado profesional al servicio del ejército nacional de Colombia por 20 años, 4 meses y 26 días, siendo retirado del servicio a partir del 15 de noviembre de 2007 (fls. 16- 17, 56 y vto, 100).
- Que al revisar la hoja de servicios del demandante, se tiene que en la última nómina; esto es, octubre - noviembre de 2007 (fl., se le reconocieron los siguientes haberes salariales y prestacionales:

<i>Descripción</i>	<i>Porcentaje</i>	<i>Valor</i>
<i>Sueldo Básico</i>		<i>607.180.00</i>
<i>Prima Antigüedad Soldado Profesional</i>	<i>58.50</i>	<i>355.200.30</i>
<i>Bonificación Orden Publico Soldado Profesional</i>	<i>10.00</i>	<i>60.718.00</i>
<i>Seguro de Vida Subsidiado</i>	<i>.00</i>	<i>8.389.00</i>
<i>Prima de navidad</i>		<i>658.790.30</i>

- Que mediante **Resolución No. 3634 de 28 de diciembre de 2007**, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció la asignación de retiro, con efectos a partir del 14 de febrero

<sup>10</sup> C 415 DE 2012



de 2008, prestación que fue liquidada teniendo en cuenta el salario mensual, y el 38.5 de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 de decreto 4433 de 2004.

- Que lo anterior se corrobora con la Certificación de las partidas computables para la asignación de retiro del demandante que obra a folio 18 del expediente; así mismo se acredita que el actor devengó en noviembre de 2007 la prima de navidad en cuantía de \$658.790.30 (fl.110)

Entonces, de lo acreditado, se puede establecer la certeza que existe en relación a que a los Soldados Profesionales no se les tiene en cuenta la partida de la prima de navidad para efectos de liquidar la asignación de retiro y se prohíbe incluir otra distinta de las que allí se enlistan, contrario a lo regulado para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares a quienes sí se les tiene en cuenta dicha partida.

Lo anterior, por cuanto como se explicó líneas atrás, el mantenimiento de un trato diferenciado e injustificado entre el personal de soldados profesionales como el demandante a quien no se le reconoció la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro, y de otra parte si es reconocido este factor para la asignación de retiro de los oficiales y Suboficiales, personal de mayor categoría salarial, por lo cual se vulnera el principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política y se torna incompatible con la Ley 923 de 2004, que previó en su artículo 2° que al fijar el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública se deben observar los principios de igualdad y equidad; para el efecto aplicaremos el test de igualdad al caso concreto así:

- **Otorgar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes:** En este caso tanto los Oficiales y Suboficiales como los Soldados Profesionales, tienen derecho, por cumplir los requisitos legales, a la asignación de retiro.

- **Dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas:** En este caso tanto los Oficiales y Suboficiales como los Soldados Profesionales, devengan en servicio activo la prima de navidad.

- **Dar un trato paritario a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias:** En este caso tanto los Oficiales y Suboficiales tienen una jerarquía superior a la de los Soldados Profesionales, allí está la diferencia; no obstante ello, al momento de obtener la asignación de retiro no resulta determinante en tanto unos como otros estarán en situación de retiro en virtud de la obtención de la asignación de retiro, es decir, ya no ejercerán la función que determina la diferencia.

Ahora, el criterio de comparación, surge de la condición de beneficiarios de asignación de retiro; que devengaron en servicio activo la prima de navidad, y a quienes de un lado si



se le reconoce ese factor para computar su asignación de retiro como es el caso de los Oficiales y suboficiales y a los que no se les reconoce como el caso de los soldados profesionales, situación que resulta claramente desigual, ello en virtud a la diferenciación que al respecto contiene la disposición jurídica; advirtiéndose claramente que no se justifica ese trato desigual.

Luego deviene con claridad que si bien la liquidación de la asignación de retiro del señor JOSE BEDEL MONTES CEBALLOS debía sujetarse a lo previsto para los soldados profesionales en los artículos 13.2 y 16 del Decreto 4433 de 2004, los actos administrativos acusados deben ser anulados, ya que tal regulación no cumple con los principios, objetivos y criterios plasmados en Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, pues la omisión de incluir la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales infringe la prohibición de no discriminación y el principio de equidad

Así las cosas el despacho procederá a hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, dará aplicación al artículo 4° de la Constitución Política de Colombia, y al artículo 148 del CPACA, consistente en inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser inconstitucional e ilegal frente a los fines de la Ley 923 de 2004 y en atención de los principios plasmados en el precepto legal 103 de la Ley 1437 de 2011-CPACA, patentizará "la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico", y se ordenará que el factor denominado prima de navidad, también sea reconocido a los soldados profesionales en su asignación de retiro, de la misma manera en que es reconocido para Oficiales y Suboficiales.

En consecuencia se logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados, y por tanto se ordenara a CREMIL, que en aplicación del principio de igualdad, proceda a reconocer y reliquidar la **Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro** como factor computable en la asignación de retiro y pagar a favor del demandante, las diferencias resultantes, reconocida a partir del 14 de febrero de 2008.

- **De la prescripción de derechos laborales**

Conforme a lo prescrito en el artículo 187 del CPACA, el Juez Administrativo, puede declarar de Oficio las excepciones que encuentre probadas, de conformidad con el Art. 41 del decreto 3135 de 1968, conforme con el Art 102 del Decreto 1848 de 1969, disponen que las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescribirán en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el simple reclamo escrito a la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente



determinado, interrumpe la prescripción por el lapso igual. En otros términos, para que el fenómeno de la prescripción surta efectos, es indispensable que la exigibilidad de los derechos, objeto de la controversia, sea evidente.

De acuerdo a lo anterior, en el sub examine, la parte demandante presentó la solicitud a la demandada, la cual se recibió el día **28 de noviembre de 2015**<sup>11</sup>, en consecuencia, el término que interrumpe la prescripción en el *sub examine* es la **fecha en que se radicó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro**; razón por la que el Juzgado **declarará de oficio la excepción de prescripción** respecto de las diferencias salariales y prestacionales causadas con anterioridad al **28 de noviembre de 2012**.

Dirá el despacho que se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, y se ordenará que la demandada reconozca y pague la *Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro* como factor computable en la asignación de retiro, así mismo ordenará reliquidar, y pagar, las diferencias resultantes entre lo efectivamente pagado y lo que realmente le corresponde; pero con efectos fiscales a partir del **28 de noviembre de 2012**, por ocurrir el fenómeno de la Prescripción.

Las sumas que se cancelen se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

**R = R.H X índice final / Índice inicial.**

• **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P, el despacho impone no condenar en costas a la parte vencida, esto es la parte demandada, por cuanto se aplicó la prescripción de derechos laborales y por tanto se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

<sup>11</sup> Ver folio 8 y ss



## RESUELVE

**PRIMERO:** Inaplicar por inconstitucional conforme al artículo 4° de la Constitución Política de Colombia, y al artículo 148 del CPACA el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, conforme a lo antes expuesto.

**SEGUNDO:** DECLARAR la nulidad de los Actos Administrativos conformados por los oficios No. 0082635 del 14 de diciembre de 2016, y No. 0004418 del 09 de febrero de 2017, por cuanto se logró desvirtuar la presunción de legalidad, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, ordenar a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL, a reconocer a favor de la parte demandante señor JOSE BEDEL MONTES CEBALLOS identificado con C.C.N° 15.905.079, la Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro como factor computable en la asignación de retiro, en consecuencia se deberá reliquidar, y pagar, las diferencias resultantes entre lo efectivamente pagado y lo que realmente le corresponde; pero con efectos fiscales a partir del 28 de noviembre de 2012, por ocurrir el fenómeno de la Prescripción.

**CUARTO:** Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo para ello los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia y aplicando para ello la siguiente fórmula:

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

Así mismo devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**QUINTO:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

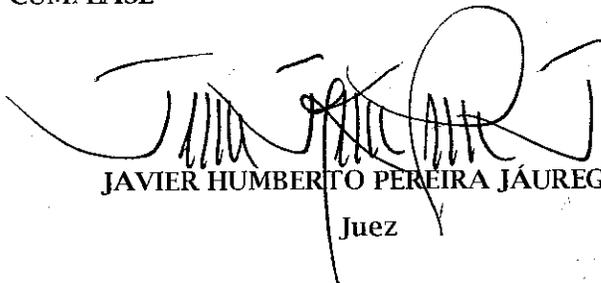
**SEXTO:** No condenar en costas, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído

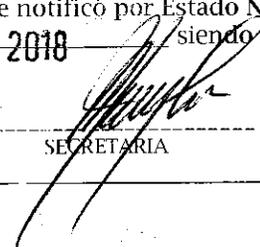


**SÉPTIMO:** En firme esta providencia por secretaria remítanse las comunicaciones de que tratan el inciso final del art. 192 del C.P.A.C.A

**OCTAVO:** Una vez en firme esta providencia, archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado. Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI  
Juez

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA	
El fallo anterior se notificó por Estado N°	34
HOY <del>10 AGO 2018</del>	siendo las 8:00 A.M.
 SECRETARIA	