



Cartagena de Indias D.T y C., doce (12) de diciembre dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2017-00300-01
Demandante	JOSÉ ALEXANDER MAPPE CÓRDOBA
Demandado	CREMIL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reajuste asignación de retiro con inclusión de la prima de navidad – improcedente por no encontrarse enlistada en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004- Aplicación sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 22 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por JOSÉ ALEXANDER MAPPE CÓRDOBA, por conducto de apoderada judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

2.3. La demanda¹.

A través de apoderada judicial constituido para el efecto, JOSÉ ALEXANDER MAPPE CÓRDOBA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.4. Pretensiones

"Que se declare la nulidad del acto administrativo conformado por el oficio No. 0038693 del 7 de julio de 2017, en virtud del cual se negó el reajuste de la

¹ Folios 21-25



13001-33-33-013-2017-00300-01

asignación de retiro devengada por el demandante, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, disponga el reconocimiento y pago a favor del señor MAPPE CÓRDOBA JOSÉ ALEXANDER, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

2.1. REAJUSTE POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR LA DUODÉCIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD, 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.

3. 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.

4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.

5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.

6. Que se reconozcan honorarios de abogado al demandante".

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.5. Hechos

Señala el accionante que, ingresó a laborar a la Armada Nacional en condición de soldado regular, el 15 de noviembre de 1993.

Al terminar el servicio militar obligatorio fue aceptado como soldado voluntario de la Armada Nacional a partir del 25 de octubre de 1995 y para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba esta condición, y su vinculación estuvo regida por la Ley 131 de 1985.

A partir del 1 de noviembre de 2003 pasó a ser soldado profesional juntos con otros soldados voluntarios, regida por los Decretos 1793 ,1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Estuvo vinculado hasta el 13 de mayo de 2014 estando asignado al Batallón de Fuerzas Especiales de Infantería de Marina en Cartagena, durante más de 20





13001-33-33-013-2017-00300-01

años, por lo que le fue reconocida su asignación de retiro mediante Resolución No. 5730 del 26 de junio de 2014.

2.6. Normas violadas y concepto de violación

- Constitución Política Arts. 13, 25, 29, 53 y 58.
- Arts. 206-214 C.C.A.
- Decreto 1793 de 2000, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.
- Ley 4ª de 1992 art. 10.

Manifiesta que se viola el artículo 13 de la Carta Política, toda vez que sin tener en cuenta a todos los miembros de la Fuerza Pública, Policía y Personal Civil del Ministerio de Defensa, se tiene en cuenta al momento de efectuar la liquidación de su asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad, salvo para los soldados profesionales que no se les paga, colocándolos en situación de desigualdad frente a sus compañeros.

Indica que, han sido víctimas de discriminación por parte de la demandada, al dejar de reconocerles los derechos tanto de rango constitucional como legal, que resultan aplicables y por esa razón devengan una asignación mensual inferior a lo que le corresponde.

2.7. CONTESTACIÓN

2.7.1 LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL².

La demandada acepta los hechos relacionados con el reconocimiento y la conclusión del procedimiento administrativo, se opone a la totalidad de los hechos y las pretensiones.

- **Excepciones**

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

Prescripción.

Manifiesta que si al actor le asistiera algún derecho con respecto a las pretensiones de la presente demanda, no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo tanto y en el evento en que no se acojan los planteamientos expuestos por esta Caja, se debe declarar la prescripción del derecho.

² Fol. 41-45 Cdno 1



Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional

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 tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales 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.

Adicionalmente la 1/12 parte de la prima de navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede pretenderse que en retiro se reconocían partidas computables que no fueron reconocidas ni siguiera en actividad.

No configuración a la violación del derecho a la igualdad

Sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución Nacional en el artículo 13, trae a colación los pronunciamientos efectuados por el Máximo Tribunal Constitucional, en Sentencia No. C- 387/94, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Concluyendo que se tiene entonces, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho a la igualdad, por cuanto se reitera fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento.

Razones de la Defensa

Legalidad de las Actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

Al respecto, es del caso señalar que desde la misma Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; dicha situación actualmente, se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de nuestra carta magna.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 22 de octubre de 2018, la Juez Décimo Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

La Juez A quo expuso, que no se trasgrede el principio de igualdad cuando dentro de las partidas computables para efectos de determinar la asignación de un soldado profesional no se estableció la 1/12 parte de la prima de navidad, a pesar que esta si hace parte de las partidas enlistadas para Oficiales, Suboficiales de la Fuerza Pública, y el personal civil que labora para el Ministerio de Defensa.

Explicó que, en relación con todos los miembros de la Fuerza Pública sus asignaciones de retiro se liquidan sobre las partidas computables determinadas en la ley, y que sirvieron de base para los aportes por ellos realizados a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para acceder a este beneficio prestacional, y ello tiene un fin constitucional claro como es la sostenibilidad del sistema y la correspondencia que debe existir entre lo aportado y la conformación del ingreso base de liquidación, que para este régimen especial son las partidas computables. La diferencia en las partidas computables no se da por la calidad o grado dentro de las fuerzas militares, sino que corresponden a aquellas sobre las que efectivamente se hicieron aportes para garantizar este derecho prestacional.

La prima de navidad es una prestación social que tiene como finalidad ayudar a solventar los mayores gastos que las fechas decembrinas generan, permitiendo a los trabajadores resolver estas, pero no tienen como finalidad suplir una necesidad básica o garantizar el cumplimiento de esta respecto de las personas que dependen del trabajador, ni fue instituida para zanjar las necesidades de un sector vulnerable de la población, como ocurre con el subsidio familiar. Al no hallar vulnerado el derecho a la igualdad, y encontrar que las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, incluidos los soldados profesionales, son taxativas, el A-quo negó las pretensiones de la demanda.

³ Folios 103-108 Cdno 1



IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 25 de octubre de 2018, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, teniendo en cuenta que se encontró probado la desigualdad de que son objeto los soldados profesionales.

Aduce que, a pesar de existir claridad sobre la diferencia que existe y la desigualdad de que son objeto los soldados profesionales, entre ellos el aquí demandante, el juzgado de primer grado decidió negar las pretensiones de la demanda, pues afirma mediante la sentencia controvertida que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales se encuentran de manera taxativa en los numerales 13.2.1 y 13.2.2 del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004. De igual manera afirma el fallador de primer grado que la discriminación no resulta violatoria al derecho fundamental a la igualdad, pues se parte de la base que los oficiales y suboficiales de las fuerzas miliares, cuentan con más experiencia y preparación, además que las tareas y responsabilidades asignadas son distintas a las de los soldados profesionales.

Frente al argumento en el que se basa el fallador de primera instancia el cual es que las partidas computables están establecidas de manera taxativa en la ley, al hacer una revisión general del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004 a simple vista resalta la abismable diferencia existente entre los soldados profesionales y los suboficiales y oficiales de las fuerzas militares, pues mientras a los primeros solo se le tiene como partida computable la prima de antigüedad y en muchos casos por vía judicial mediante la aplicación acertada de los jueces y magistrados del país de la excepción de inconstitucionalidad, se tiene ahora como partida computable el subsidio familiar. Mientras que a oficiales y suboficiales se les reconoce de manera taxativa como partidas computables, la prima de actividad (ya no estando activos), prima de antigüedad, prima de estado mayor, prima de vuelo, gastos de representación, subsidio familiar y duodécima parte de la prima de navidad.

La no inclusión de la duodécima parte la prima de navidad es una violación directa al principio de progresividad de los derechos sociales, pues la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad conformado por los tratados suscritos y ratificados por Colombia respecto de la no regresividad de derechos laborales es una obligación que tiene el Estado con todos los trabajadores colombianos, esto quiere decir que en vez de realizar una regresión en materia laboral lo que tiene que procurar es la progresividad de los derechos

⁴ Folio 109-111 Cdn0 1





13001-33-33-013-2017-00300-01

laborales, es justo precisar que una vez alcanzado cierto rango de protección no se puede retroceder o desmejorar.

Siendo según su parecer, evidente la vulneración al derecho fundamental a la igualdad, solicita se revoque la Sentencia impugnada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 15 de mayo de 2019⁵, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de junio de 2019⁶; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 19 de septiembre de 2019⁷.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

6.2. Alegatos CREMIL⁸: La parte demandada alegó de conclusión el 18 de octubre de 2019, de manera extemporánea habiendo vencido el 4 de octubre de la misma anualidad, el término establecido.

6.3. Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

⁵ Folio 2 Cdno de apelación

⁶ Folio 4 Cdno de apelación

⁷ Folio 8 Cdno de apelación

⁸ Fol. 11-12 Cdno de apelación



7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, el acto acusado es el oficio No. 0038693 del 7 de julio de 2017 por medio del cual CREMIL niega la reliquidación de la asignación de retiro devengada por el demandante.

7.4 Problema jurídico.

La parte recurrente sostiene que la asignación de retiro de la que es titular, debe ser reajustada en cuanto al factor computable denominado prima de navidad aplicando el artículo 13 de la Carta Política, en virtud del principio de igualdad.

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente reliquidar y reajustar la asignación de retiro del demandante con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable PRIMA DE NAVIDAD, conforme con la interpretación jurídica que éste propone en virtud del artículo 13 de la Carta Política?

7.5. Tesis

La Sala de Decisión CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, en razón a que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable prima de navidad en una duodécima parte, toda vez que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 sostiene que, la jurisprudencia constitucional ha mantenido su posición de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe 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.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

7.6.1. Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados⁹.

Las partidas computables son las descritas en el artículo 13 ibidem, de la siguiente forma:

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19 Actor: JULIO CESAR BENAVIDES BORJA Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES





13001-33-33-013-2017-00300-01

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:

[...]

13.2 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.

Para efectos de analizar este tema, es necesario recordar lo señalado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual, prevé los elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, que son básicos del régimen.

132. Dentro de los elementos definidos en la referida ley se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4, que son del siguiente tenor:

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Igualmente, se determinó en la SU qué 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 hay 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.

En conclusión consideró, que en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales



13001-33-33-013-2017-00300-01

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.

7.6.1 Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

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.*

En lo que respecta a la duodécima parte de la prima de navidad, es importante anotar que, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta integra las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales. A su turno, el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, que contempla los aportes que deben realizar los soldados profesionales a CREMIL, solo prevé cotizaciones sobre el salario mensual y sobre la prima de antigüedad.

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 encuentre reconocido a la fecha de retiro.*

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

13.2 *Soldados Profesionales:*

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





13001-33-33-013-2017-00300-01

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 la asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Frente al punto es importante precisar que la sentencia de unificación sostiene que, la jurisprudencia constitucional ha mantenido su posición de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe 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.

7.6.2. Principio de igualdad:

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.

Ahora bien, con el fin de evaluar la afectación de dicho principio por normas incluidas en el ordenamiento jurídico, es necesario hacer un estudio de las situaciones frente a las cuales se plantea la existencia de un trato diferente, para lo cual la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha acudido a herramientas metodológicas especiales tales como el test de igualdad, que permite definir si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, proceso que se surte en las siguientes etapas:

«[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.



7.7. Caso concreto

7.7.1. Hechos probados

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- El Infante de Marina Profesional⁽⁹⁾ JOSÉ ALEXANDER MAPPE CÓRDOBA, contó con un tiempo de servicio de 20 años, 3 meses y 1 día, vinculado la Armada Nacional¹⁰.
- Mediante Resolución No. 5730 del 26 de junio de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor JOSÉ ALEXANDER MAPPE CÓRDOBA, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo y prima de antigüedad en un 38.5%¹¹.
- Conforme con la hoja de servicios No. 4-10023354, el actor devengó en su última nomina abril -2014 los siguientes haberes: sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar y bonificación de orden público¹².
- Por medio de petición del 15 de junio de 2017, el señor JOSÉ ALEXANDER MAPPE CÓRDOBA, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad¹³.
- Con acto administrativo contenido en el oficio No. 50122 del 7 de julio de 2017, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado¹⁴.
- Hoja de servicios No. 4-10023354 del 29 de mayo de 2014, por medio del cual se demuestra que el actor no percibió en su última nomina el pago por concepto de prima de navidad y se describen las partidas computables para la asignación de retiro¹⁵.

¹⁰ Fol. 6-7 cdno 1

¹¹ *Ibidem*

¹² Fol. 8-9 cdno 1

¹³ Fols. 2-3 cdno 1

¹⁴ Fol. 5 cdno 1

¹⁵ Fols. 8-9 cdno 1

7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

Para resolver el problema jurídico planteado, es preciso tener en cuenta los presupuestos normativos que regulan la asignación de retiro.

En el caso en concreto, se tiene que el señor JOSÉ ALEXANDER MAPPE CÓRDOBA prestó sus servicios al batallón de Fuerzas Especiales de I.M. en el Distrito de Cartagena, como Infante de Marina profesional (R), por un tiempo de servicio de 20 años, 03 meses y 1 día; por lo que se le reconoció una asignación de retiro, mediante **Resolución No. 5730 del 26 de junio de 2014**.

Lo anterior quiere decir que, para la fecha en la cual el actor dejó de prestar sus servicios al Estado, la prima de navidad no constituía, ni constituye actualmente factor salarial; pues, como se dijo en el marco normativo de esta providencia, la prima de navidad solo fue creada para los oficiales y suboficiales de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y la cual integra las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los mencionados.

El Decreto-Ley 1211 de 1990 en el artículo 95 parágrafo, establece que la prima de navidad, solo será para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, los cuales tendrán derecho a percibir anualmente del Tesoro Público esta prima equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo.

PARÁGRAFO 1o. Cuando los Oficiales o Suboficiales no hubieren servido el año completo, tendrán derecho al reconocimiento de la prima de Navidad a razón de una duodécima (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en los últimos haberes devengados.

Se encuentra probado conforme a la hoja de servicios allegada que, el actor devengó en su última nomina correspondiente al mes de abril de 2014 los siguientes factores salariales: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad y bonificación de orden público. Se avizora que al momento de reconocer la asignación de retiro, no se incluyó la prima de navidad, teniendo en cuenta que no existe prueba de haberla devengado.

Que mediante petición radicada el 15 de junio de 2017, solicitó la inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro, y que la misma fue denegada por la entidad por resultar improcedente y no estar comprendida dentro de los factores establecidos en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004¹⁶.

¹⁶ Fol. 6 cdno 1



Por lo anterior, y teniendo en cuenta el marco normativo citado, encuentra esta Sala que le asiste razón al A-quo al determinar que no existe violación al derecho a la igualdad toda vez que, la no inclusión de la prima de navidad como factor salarial para efectos pensionales no obedece a una decisión discrecional de la entidad, sino al acatamiento de una disposición Decreto-Ley 1211 de 1990 en el artículo 95 parágrafo- , que además no admite una doble interpretación ni fue desarrollada o derogada por una posterior.

En el mismo sentido, conforme a lo establecido por el principio de taxatividad, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las enlistadas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, posición que ha venido siendo reiterada por la jurisprudencia en sentencias como la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado y del 28 de agosto de 2018 de la misma Corporación.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia de fecha 22 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

7.8. Conclusión

La respuesta al interrogante planteado en el problema jurídico es negativo, porque el demandante no tiene derecho a que se incluya en su asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad toda vez que, no constituye partida computable en su asignación de retiro, conforme a las normas que regulan la materia y los múltiples pronunciamientos de las altas Cortes; de igual forma se ha determinado que no viola el principio de igualdad por no cumplirse con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional.

VII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte demandante por resultar desfavorable el recurso de apelación.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2018, por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

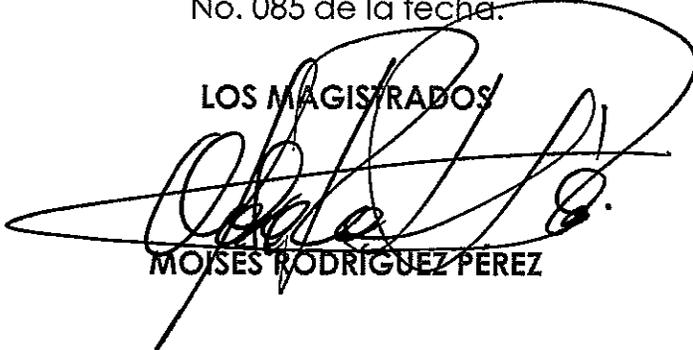
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante por resultar desfavorable el recurso de apelación, conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP.

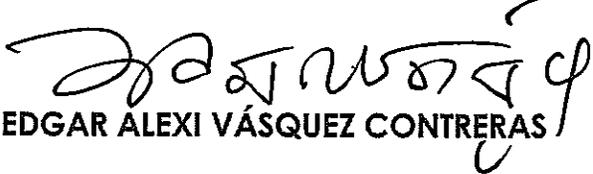
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 085 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISES RODRÍGUEZ PEREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



Handwritten scribbles or marks, possibly representing a signature or initials.



Handwritten scribbles or marks, possibly representing a signature or initials.