

Cartagena de Indias D.T y C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2016-00088-02
Demandante	JORGE ELIECER AYALA CORTES
Demandado	CAJA DE SUELDOS DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	<i>Reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de navidad y la bonificación de orden público- niega pretensiones.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 3 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor JORGE ELIECER AYALA CORTES instauró demanda de nulidad y restablecimiento contra la CAJA DE SUELDOS DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales

² 12-27 c. 1

13-001-33-33-011-2016-00088-01

3.1.1. Pretensiones³

PRIMERO: Se declare la nulidad del Oficio No. 59171 de fecha 15 de octubre de 2013, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro, con la inclusión la prima de navidad.

SEGUNDO: Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20150423330480071/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, del 28 de diciembre de 2015, por medio del cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro, con la inclusión de la bonificación de orden público.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad accionada a reliquidar la asignación de retiro del demandante con la inclusión de la prima de navidad y la bonificación de orden público.

CUARTO: se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se afirma que el actor entró a laborar como soldado regular de la Armada Nacional, con los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985, que, a partir del 1 de noviembre de 2003, la vinculación se guió por los Decretos 1793 y 1794/00 y el Decreto 4433/04.

Que estuvo al servicio de dicha entidad por más de 20 años, por lo que se le reconoció una asignación de retiro a través de la Resolución 5836 del 5 de diciembre de 2011.

Afirma, que en servicio activo el demandante devengó prima de navidad y bonificación de orden público, las cuales no fueron tenidas en cuenta para liquidar la asignación de retiro.

Informa que el 30 de septiembre de 2013 radicó petición No. 87268, solicitando el reconocimiento de la doceava parte de la prima en mención,

³ Folio 13

⁴ Folio 12-13

13-001-33-33-011-2016-00088-01

como factor de la asignación de retiro, pero tal solicitud fue denegada a través del Oficio No. 59171 de fecha 15 de octubre de 2013.

De igual forma, el 11 de noviembre de 2015, radicó petición No. 101057 solicitando la inclusión de la bonificación de orden público, en la liquidación de su asignación de retiro, pero tal derecho también le fue negado, por el Oficio No. 20150423330480071/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, del 28 de diciembre de 2015.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas se expusieron las siguientes: artículos 2, 4, 6, 13, 29, y 53 de la Constitución Nacional, Ley 4 de 1992, Ley 131 de 1985, Decreto 4433 de 2004, Decretos 1793 y 1794 de 2000, Decreto 1211 de 2000.

Manifiesta que el acto administrativo demandado es ilegal toda vez que en el mismo no fue incluida la partida correspondiente a la duodécima parte de la prima de navidad, que sí es aplicada a los demás funcionarios de la fuerza pública, vulnerándose con ello el derecho a la igualdad.

Expone que, la entidad accionada negó el derecho solicitado argumentando que en el Decreto 4433 de 2004 "no tiene contemplada como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad para los soldados profesionales"; sin embargo, no tuvo en cuenta lo expresado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "A", ha sostenido que *"sin justificación alguna el Gobierno Nacional estableció un trato discriminatorio entre el personal de oficiales y suboficiales de las de las Fuerzas Militares, y los soldados profesionales, pues a los primeros se les tuvo en cuenta el subsidio familiar como partida computable, entretanto a los segundos no, aun cuando son aquellos que menos devengan dentro de la escala salarial de las Fuerzas Militares, (...) ha sido enfática en enmarcar la vulneración que tiene el soldado profesional al no incluirse el subsidio familiar en la asignación de retiro, toda vez en las prestaciones regladas en el Decreto 1794 de 2000, no contempla mencionada prestación en su favor, lo cual vulnera el derecho a la igualdad, respecto de los demás miembros de las Fuerzas Militares"*.

Afirma, que la interpretación que se le da a la aplicación del subsidio familiar, debe ser dada también a la prima de navidad, por analogía. Explica



13-001-33-33-011-2016-00088-01

que el Decreto 4433 de 2004 al fijar el régimen pensional y de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en su artículo 13 incluye la prima de navidad dentro de las partidas computables para efectos de liquidar tales prestaciones, pero restringe su aplicación solamente a los oficiales y suboficiales excluyendo a los soldados profesionales; lo que resulta violatorio del derecho a la igualdad.

En cuanto a la bonificación por orden público, sostiene que a en servicio activo devengaba la misma en cuantía del 25% del sueldo básico, tal y como se ve reflejada en su hoja de servicios; sin embargo, la misma no fue incluida en la asignación de retiro por lo que se le está afectado su mínimo vital y vulnerando sus derechos constitucionales.

Solicita la aplicación del principio de favorabilidad, en aplicación del artículo 53 constitucional, como quiera que las fuerzas militares tienen un régimen especial, pero si existen otras leyes que favorecen al demandante se le debe aplicar la mejor. Al respecto cita la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, para exponer que los factores salariales de que gozan las pensiones no son taxativos, por lo tanto, no debe entenderse que los factores enunciados en el Decreto 4433/04 sí lo son.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA CAJA DE SUELDOS DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Esta entidad no contestó la demanda.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

Por medio de providencia del 3 de abril de 2018, la Juez de conocimiento manifestó que, se encontraba demostrado en el proceso que el actor se había prestado el servicio miliar, luego se había desempeñado como soldado voluntario y posteriormente como infante de marina; por lo que se le había reconocido una asignación de retiro en cuantía del 70% del salario mensual, más el 38.5% de la prima de antigüedad.

En el fallo en comento, se negaron las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que el Decreto 4433/04 no contempla la prima de navidad como factor computable dentro de la asignación de retiro de los soldados

⁵ Folio 112-115

13-001-33-33-011-2016-00088-01

profesionales, y que la aplicación de la norma, no podía entenderse como un trato discriminatorio hacia el demandante.

Frente a la bonificación por orden público se guardó silencio.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁶

La parte accionante presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, manifestando que, si bien es cierto que la prima de navidad no se encuentra contemplada como un elemento de para liquidar la asignación de retiro, conforme con el Decreto 4433/04, dicha norma debe ser inaplicada en virtud del principio de favorabilidad y el principio de la igualdad material.

Lo anterior, teniendo en cuenta que todos los funcionarios del Ministerio de Defensa, incluidos los soldados profesionales, vengan en servicio activo la prima de navidad, y a todos se les reconoce como un factor para liquidar la asignación de retiro, menos a los soldados profesionales, siendo ellos los miembros más débiles de la jerarquía militar.

En lo que respecta a la bonificación por orden público, manifiesta que el actor la devengó en servicio activo, en un porcentaje del 25% del sueldo, sin embargo, la misma no fue reconocida en la asignación de retiro, toda vez que el Decreto 4433/04 establece que dicha prestación no constituye factor salarial para ello; por lo cual pide que se inaplique la norma, y se de prevalencia al principio de favorabilidad en materia laboral.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 22 de junio de 2018⁷, por lo que el 12 de diciembre de 2018 se procedió a admitirla⁸, sin embargo, en la misma providencia se ordenó que el expediente fuera devuelto a la Oficina Judicial para que se realizara la corrección frente al nombre del magistrado asignado. Finalmente, el 10 de junio de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión⁹.

⁶ Folio 118-129

⁷ Folio 2 c. 2

⁸ Folio 4 c. 2

⁹ Folio 11 ibídem

13-001-33-33-011-2016-00088-01

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 La parte demandante hizo uso de esta etapa procesal manifestando que debe accederse a la inclusión de la bonificación de orden público como factor para liquidar la asignación de retiro, pues consideró que su exclusión lesionaba el derecho al mínimo vital del actor. Al respecto sostiene que el Decreto 4433/04 no indica de forma taxativa los factores a tener en cuenta para liquidar la prestación de retiro de los militares, por lo que debe aplicarse el principio de favorabilidad laboral y los tratados internacionales de la OIT (fl. 14-25).

3.6.2 La accionada solicitó la confirmación de la sentencia (fl. 26-27).

3.6.3 El Ministerio público no rindió concepto.

IV.- 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, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

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

5.2 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 y la bonificación de orden público aplicando el Decreto 1794 de 2000 y la Ley 4 de 1992, en virtud del principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad.

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente reliquidar la asignación de retiro del demandante con la incorporación de los porcentajes de la PRIMA DE NAVIDAD y

13-001-33-33-011-2016-00088-01

BONIFICACIÓN DE ORDEN PÚBLICO, a pesar que los mismos no están contemplados como factores a tener en cuenta para la asignación de retiro, aplicando el artículo 13 de la Constitución Política?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, en razón a que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes de la prima de navidad y la bonificación de orden público en un 25%, toda vez que, las mismas no están contempladas en la ley como factores salariales a tener en cuenta para ello.

Además, en SU del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado determinó que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual, no existe 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 existan 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.

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

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales¹⁰.

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

¹⁰ 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



13-001-33-33-011-2016-00088-01

“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 o cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro o 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 Público”.

Igualmente, se determinó en la SU del 25 de abril de 2019, 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 existan 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.

13-001-33-33-011-2016-00088-01

En conclusión, la sentencia citada consideró, que debe existir una correspondencia entre las partidas sobre las cuales se debe liquidar la asignación de retiro, y las que el legislador o el gobierno nacional, en uso de sus facultades constitucionales o legales, hayan fijado para realizar los aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

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

Las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente el salario mensual y la prima de antigüedad, de acuerdo con artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004; además, de todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, 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 conforma uno de los factores a tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas, pero no para los soldados profesionales.

A su turno, el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, que contempla los emolumentos sobre los cuales los soldados profesionales deben hacer los aportes para su asignación de retiro, únicamente prevé cotizaciones sobre el salario mensual y sobre la prima de antigüedad.

ARTÍCULO 18. *Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:*

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

13-001-33-33-011-2016-00088-01

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

Frente a este 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.

5.4.3 Marco normativo de la prima de orden público.

La prima de orden público, fue creada en virtud del Decreto 1211 de 1990, se y se concibió únicamente para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que prestaran sus servicios en lugares donde se desarrollaran operaciones militares para restablecer el orden público. La misma consiste en un pago mensual equivalente al veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico. De igual forma, se estableció que el Ministerio de Defensa Nacional determinaría las zonas y condiciones en que debía pagarse dicha prima.

Es importante resaltar que, dicha prima beneficia solamente a los Oficiales y Suboficiales y el personal civil de las Fuerzas Militares en servicio activo.

Igualmente, para el caso del personal civil, el Decreto Ley 1214 de 1990, por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional, se refiere en su artículo 44 a la prima de orden público así:



13-001-33-33-011-2016-00088-01

“Art. 44.- Prima de Orden Público. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional que presten sus servicios en lugares donde se desarrollen operaciones militares para restablecer el orden público, tendrán derecho a una prima mensual de orden público equivalente a un diez por ciento (10%) del sueldo básico. El Ministerio de Defensa Nacional determinará las zonas y las circunstancias en que deba pagarse esta prima”.

En ejercicio de la facultad consagrada tanto en el Decreto Ley 1211 como en el Decreto Ley 1214 ambos de 1990, el Ministerio de Defensa Nacional, ha venido expidiendo una serie de resoluciones que determinan las condiciones y lugares del territorio nacional en los cuales hay derecho a devengar la prima de orden público.

En los artículos 1 y 2 de la Resolución No. 10412 del 22 de noviembre de 1995, el Ministro de Defensa Nacional de la época, fijó las jurisdicciones territoriales y las circunstancias que daban derecho a los militares y civiles para devengar la mencionada prima; además de ello, los beneficiarios debían cumplir con una condición de temporalidad, establecida por el parágrafo único del artículo 2º, el cual se transcribe a continuación:

“PARÁGRAFO: - Para tener derecho a la prima mensual de orden público se requiere que el Oficial, Suboficial o Empleado Público, haya permanecido en cualquiera de las situaciones previstas en este artículo por un mínimo de cinco (5) días de cada mes.”

De acuerdo con lo anterior, se tiene que, tanto el artículo 98 del Decreto 1211/90 como el artículo 44 del Decreto 1214/90, definen la prima de orden público como una prestación mensual equivalente a un porcentaje sobre el sueldo básico; de tal manera que, cumplidos los requisitos circunstanciales establecidos en la Resolución Ministerial 10412 de 1995, y el requisito de temporalidad de cinco (5) días, se adquiere el derecho a devengar el citado beneficio. Por otra parte, su liquidación debe efectuarse de la manera indicada en los Decretos 1211 y 1214 de 1990, es decir, aplicando el porcentaje previsto en los decretos leyes sobre el sueldo básico, sin que sea posible que ésta pueda ser cancelada en proporciones o porcentajes distintos a los indicados en el ordenamiento jurídico; lo anterior quiere decir, que el porcentaje de la prima de orden público es fijo y la base para su cálculo es el sueldo básico, entendido como la asignación mensual fijada por el ejecutivo como contraprestación principal y directa que recibe el trabajador por sus servicios prestados.



13-001-33-33-011-2016-00088-01

Posteriormente, por medio del Decreto 0724 del 10 de abril de 2012, se consagró la prima de orden público para aquel uniformado activo en los eventos en que sea herido en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público, o adquiera enfermedad en servicio y por causa y razón del mismo, hasta el término de duración del tratamiento médico que indique la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza.

Subsiguientemente, por Decreto No. 324 de 2018 en su artículo 29 se estableció la definición de la prima de orden público y su aplicabilidad:

“Artículo 29. Bonificación mensual de orden público. Los soldados profesionales y los soldados profesionales distinguidos como dragoneantes de las Fuerzas Militares percibirán una bonificación mensual de orden público equivalente al veinticinco por ciento (25%) de su asignación básica mensual.

Esta bonificación no constituye factor salarial para ningún efecto legal. Para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación mensual de orden público a que se refiere este artículo, se tendrán en cuenta las mismas zonas de orden público y las mismas condiciones determinadas por el Ministerio de Defensa Nacional para el reconocimiento de la prima de orden público del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Los empleados públicos no uniformados de la Policía Nacional, que presten sus servicios en lugares donde se desarrollen operaciones policiales para restablecer el orden público, tendrán derecho a una prima mensual de orden público en la misma cuantía, términos y condiciones que el personal de empleados públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional que presten sus servicios en lugares donde se desarrollen operaciones militares para reestablecer el orden público”.

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, preceptúa:

“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.



13-001-33-33-011-2016-00088-01

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

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

5.4.4. Principio de favorabilidad:

Tal y como lo expuso la Corte en la sentencia SU-023 de 2018, “la favorabilidad en materia laboral opera cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal o entre dos normas de idéntica fuente y, adicionalmente, cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones”. Entendiendo que la prima de orden público, fue creada por la ley 1214 de 1990, sin que exista otra normativa que regule, modifique, o revoque en todas o partes la misma.

La misma Corte ha establecido que las autoridades judiciales se encuentran en el deber de escoger la interpretación más favorable a los intereses del trabajador, de acuerdo con el artículo 53 superior y en aplicación del principio de in dubio pro operario, tesis que ha sido acogida por el H. Consejo de Estado, en sentencia proferida el 16 de noviembre de 2016, CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ¹¹; en la cual se indicó lo siguiente:

“3.1. Los principios de favorabilidad laboral e in dubio pro operario son mandatos constitucionales reconocidos en el artículo 53 constitucional,

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO Administrativo, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A, CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08), Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS), Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social



13-001-33-33-011-2016-00088-01

conforme al cual, el juez laboral debe interpretar el estatuto del trabajo teniendo en cuenta la "(...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho". En otras palabras, no importa cuál sea la fuente formal del derecho, pues en su aplicación e interpretación, siempre se ha de preferir la situación o el estado de cosas más favorable a los trabajadores. Ocurre así con la jurisprudencia o con la ley, por ejemplo, cuando hay varios enunciados normativos que regulan una misma situación jurídica (favorabilidad) o cuando respecto de un mismo texto legal existen distintas interpretaciones (in dubio pro operario); casos en los cuales le corresponde al operador jurídico aplicar el más favorable al trabajador".

5.4.5. 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"

13-001-33-33-011-2016-00088-01

5.5. Caso concreto

5.5.1. 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 JORGE ELIECER AYALA CORTES, fue retirado del servicio militar por haber adquirido el derecho a la pensión, toda vez que laboró al servicio de la Armada Nacional por un tiempo de 20 años, 5 meses y 26 días (fl. 9-10).
- Mediante Resolución No. 5836 del 5 de diciembre de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor JORGE ELIECER AYALA CORTES, 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% (fl. 9-10).
- Conforme con la hoja de servicios No. 4-93123981, el actor devengó en la nómina de septiembre de 2011, los siguientes haberes: sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar y bonificación de orden público (fl. 7).
- Por medio de petición del 30 de septiembre de 2013, el señor JORGE ELIECER AYALA CORTES, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad (fl. 2).
- Con acto administrativo contenido en el Oficio No. 2013-59171 del 15 de octubre de 2013, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado (fl. 3).
- Por medio de petición del 11 de noviembre de 2015, el señor JORGE ELIECER AYALA CORTES, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta la bonificación por orden público (fl. 4).

13-001-33-33-011-2016-00088-01

- Con acto administrativo contenido en el Oficio No. 20150423330480071/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, del 28 de diciembre de 2015, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado (fl. 6).

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

En el caso bajo estudio se demanda la nulidad del Oficio No. 59171 de fecha 15 de octubre de 2013, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro, con la inclusión la prima de navidad. De igual forma, se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20150423330480071/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, del 28 de diciembre de 2015, por medio del cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro, con la inclusión de la bonificación de orden público.

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 JORGE ELIECER AYALA CORTES prestó sus servicios al Batallón Fluvial IM No. 30", como Infante de Marina profesional (RA), por un tiempo de servicio de 20 años, 5 meses y 26 día; por lo que se le reconoció una asignación de retiro, mediante Resolución No. 5836 del 5 de diciembre de 2011, en la cual solo se le tuvo en cuenta la asignación mensual y la prima de antigüedad como factores salariales.

En razón de lo anterior, el accionante pretende que, por medio de esta demanda se le reconozca el derecho a la inclusión de la prima de navidad y la bonificación de orden público como elemento para liquidar la asignación de retiro.

A pesar de lo anterior, advierte la Sala que, para la fecha en la cual el actor dejó de prestar sus servicios al Estado, la prima de navidad no constituía, ni actualmente constituye, un elemento a tener en cuenta para liquidación de la asignación de retiro; pues, como se dijo en el marco normativo de esta providencia, dicho emolumento solo fue concebidos como un factor salarial para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares Colombianas, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

13-001-33-33-011-2016-00088-01

En ese orden de ideas, la solicitud de la inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro, resultar ser improcedente por no estar comprendida dentro de los factores establecidos en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. 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 lo que se refiere a la bonificación de orden público, debe destacarse que, para la fecha en la cual el actor dejó de prestar sus servicios al Estado, la prima de orden público no constituía factor salarial aplicable a su caso; pues, como se dijo en el marco normativo de esta providencia, la prima de orden público solo fue creado para los casos en que oficiales y suboficiales prestaran sus servicios en lugares donde se desarrollaran operaciones militares para restablecer el orden público, es decir, cuando estuvieran en servicio activo y con el cumplimiento de ciertos requisitos como es la permanencia en el lugar asignado 5 días al mes.

El Decreto Ley 1211 de 1990 en el artículo 98 parágrafo, establece que la prima de orden público, no serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Es importante agregar que, la fuerza pública tiene norma especial, la cual no puede ser aplicada como equivocadamente lo manifiesta el demandante, el régimen general de los servidores públicos, por tal motivo sería contrario al ordenamiento jurídico aplicar la Ley 4 de 1992, que a su parecer resulta más favorable para sus pretensiones, teniendo en cuenta que dicha ley no regula el caso en concreto.

En ese mismo sentido, el Decreto No. 324 de 2018¹² regula en su artículo 29 la bonificación de orden público, y establece que la misma no constituye

¹² Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas,

13-001-33-33-011-2016-00088-01

factor salarial para ningún efecto legal, sin que medie o exista una norma en contrario que pudiera prever su aplicación bajo ciertas excepciones, agregando que la jurisprudencia tampoco se ha pronunciado al respecto.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta el marco normativo citado, encuentra esta Sala que no existe violación al derecho a la igualdad y al principio de favorabilidad toda vez que, la no inclusión de la prima de orden público 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 98 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 3 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial.



13-001-33-33-011-2016-00088-01

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas al señor JORGE ELIECER AYALA CORTES, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por él.

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

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

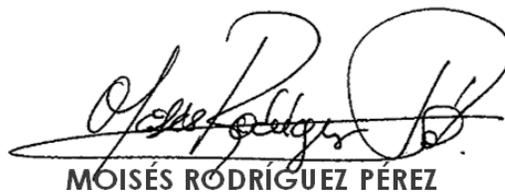
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, al señor JORGE ELIECER AYALA CORTES de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, 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. 035 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN