



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, ocho (08) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO:	70-001-33-33-009-2014-00272-01
DEMANDANTE:	VICENTE CARLOS DORADO NARVÁEZ
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL

TEMAS: *La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación*

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la cual se resolvió conceder parcialmente las súplicas de la demanda que,

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

El señor VICENTE CARLOS DORADO NARVÁEZ instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, a través de la cual **PRETENDE:**

(i) Se declare la nulidad del acto administrativo oficio N° 42383 de fecha 08 de agosto de 2013, expedido por la entidad demandada mediante el cual niega el reconocimiento y pago del incremento del salario mínimo del 40% al 60% por indebida aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. (ii) Se declare

¹ Fol. 1 a 12 C. Ppal.

la nulidad del acto administrativo oficio N° 43642 de fecha 14 de agosto de 2013, expedido por la entidad demandada en la cual se niega la reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. (iii) se declare la nulidad del acto administrativo oficio N° 45514 de fecha 22 de agosto de 2013, expedido por la entidad demandada mediante el cual se niega el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la resolución de la asignación de retiro, de la prima de navidad de conformidad a las normas del Decreto 4433 de 2004 artículo 13.

Que como consecuencia de lo anterior, se ordene:

(i) A título de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE IAS FUERZAS MILITARES-CREMIL-, al reconocimiento y pago a favor del demandante de los dineros indexados junto a los intereses de ley, desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de actualización del pago total de la obligaciones tal y como se señaló en el acápite anterior (ii) Condenar a la entidad demandada, a pagar costas de conformidad con lo ordenado por el artículo 188 del C.P.A.C.A.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expresó que prestó sus servicios a las fuerzas militares por espacio de 20 años con derecho a la asignación de retiro.

Afirma que, a partir del 1° de noviembre de 2003, la vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 Y 1794 de 2000 y el Decreto 4433 de 2004.

Señala que le fue reconocida asignación mensual de retiro mediante Resolución N° 1537 del 09 de abril de 2013 en cuantía equivalente al 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

Sostiene que, solicitó la reliquidación de la asignación de retiro en el sentido de reajustar el S.M.L.M.V., más el 60%, la cual le fue negada mediante el acto administrativo N° 42383 de fecha 08 de agosto de 2013. :

Narró que, mediante oficio No. 62950 del 22 de julio de 2013 solicitó la reliquidación del 70% de los factores prestacionales en la asignación de retiro con base en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 a partir de la fecha de reconocimiento de su asignación de retiro, la cual fue negada mediante oficio No. 43642 del 14 de agosto de 2013.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad accionada se opone a los hechos y pretensiones de la demanda fundamentándose en que la regulación normativa de los miembros de las fuerzas militares es de carácter especial y por lo tanto es diferente del régimen general que regula a los demás trabajadores, de manera que sus actuaciones han estado ceñidas a lo establecido en las normas especiales aplicables a los miembros de las fuerzas militares.

Propuso como excepciones: **(i) legalidad de las actuaciones efectuadas por la entidad y correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes.**, en el sentido que se han expedido los actos de conformidad a los preceptos constitucionales y las disposiciones legales que reglamentan y organizan la carrera de oficiales y sub-oficiales de las fuerzas militares **(ii) Carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del Subsidio Familiar- Primas (Navidad), Bonificaciones, Auxilios, Compensaciones y demás devengados en el servicio activo**, por cuanto se precisa que solo 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 a acceder a una asignación de retiro. **(iii) No configuración de violación al derecho a la igualdad**, sustentada en el hecho de que conforme el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 1º del Decreto Ley 1794 de 2000 que habla solamente de un incremento del 40%, sin ser procedente que se aplique el inciso 2º como lo solicita el demandante **(iv) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL**. Sosteniendo que

² Fol. 42 a 46. C.Ppal

todas las actuaciones de la entidad se encuentran ajustadas a la legalidad, razón por la cual no se encuentra viciadas ninguna de ellas por falsa motivación.

1.3 LA SENTENCIA APELADA³

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, declaró probada parcialmente la excepción de carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del Subsidio Familiar- Primas (Navidad), Bonificaciones, Auxilios, Compensaciones y demás devengados en el servicio activo, pues efectivamente no existe norma jurídica que establezca que la duodécima parte de la prima de navidad sea una partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, además que, no encuentra dentro del expediente prueba alguna que indique que esta prima fue percibida por el accionante y es esta parte dentro del proceso quien tiene la carga probatoria, de lo que se pretende.

Así mismo, declaró no probadas las excepciones de, configuración de violación al derecho de igualdad- Inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste solicitado, y no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares CREMIL, pues, si existió una interpretación errónea de las normas que regulan la liquidación de la asignación de retiro, al liquidarla con la suma de un salario mínimo más el 40% cuando a la fecha que exigía la norma artículo 10 del Decreto 1794 de 2000 el demandante ostentaba la calidad de soldado por lo tanto debió liquidarse con un salario mínimo más un 60%, sumado a ello, erró también la entidad demandada, al calcular el 38.5 % de la prima de antigüedad luego de haber realizado el descuento del 70%, cuando debía hacerlo sobre la sumatoria del salario más el 60% de incremento.

En este sentido, declaró la nulidad del acto administrativo que negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor en cuanto a lo concerniente a la aplicación del 38.5% de la prima de antigüedad en dicha asignación.

³ Fols 106 a 114. C. Ppal.

1.4 DEL RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Como argumentos principales reiteró los expuestos en la contestación a la demanda, haciendo hincapié en que no se configuró una violación al derecho a la igualdad del demandante, para lo cual citó la sentencia C-387 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz; igualmente insistió en que, la liquidación de la asignación retiro, con la inclusión de la prima de antigüedad, se hizo acorde con la norma pertinente, esto es, bajo la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sustentado dicha afirmación, con sentencia del 20 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”. Rad: 11001333503020120008601.

1.5 **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.** Las partes guardaron silencio al respecto.

1.6 **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.** El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto.

2 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de nulidad y restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.

De conformidad con los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a establecer, *¿si al demandante le asiste el derecho a la reliquidación de su asignación de retiro a cargo de la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-, en los*

⁴ Fls.115 a 117 C. Ppal.

términos del inciso 1° del Decreto 1794 de 2000, y tomando el reajuste efectuado en un 70%, más una adición de un 38.5% de la prima de antigüedad?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes tópicos: (i) La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación, (ii) Principio de Favorabilidad y de Igualdad Material a la luz de la Constitución Política de 1991: y (iv) El caso concreto.

I. La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación:

El Legislador, a través de la expedición de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Es así como en el artículo 2° de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

*“Artículo 2°. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:*

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. No podrá discriminarse 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.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal". (Resalta la Sala)

Como desarrollo de la Ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional expidió 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"*, cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

Dentro del decreto en mención, específicamente en el artículo 3º, se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados sentados por el constituyente derivado en la Ley 923 de 2004, veamos:

"Artículo 3º. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad".

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, deben estar inspiradas por los principios reseñados *ut supra*, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad⁵, y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera puntual a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables, el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16, estipuló:

⁵ Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

(...)

Artículo 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”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Conforme las preceptivas antecedentes, tenemos que para el caso específico de los soldados profesionales, las partidas computables para la asignación de retiro son: 1) Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, esto es, el conformado por un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo

salario; y 2) Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

Así entonces, vemos como para los miembros de las Fuerzas Militares que ostentan la calidad de soldados profesionales, se les liquida la asignación de retiro con base en un salario mensual más el 40% del mismo, obviándose con ello, lo consagrado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000⁶; aunado que a los mismos no se les incluye como partida computable, el subsidio familiar, *a contrario sensu*, de lo que acontece con los oficiales y suboficiales pertenecientes a las mismas fuerzas del orden.

De conformidad con las normas en mención se tiene entonces que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales corresponde al 70% del salario mensual –el cual corresponde al inciso 1° del artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000, es decir, un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un cuarenta por ciento (40% del mismo salario)- adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, siendo que sobre la suma resultante no procede ningún otro descuento porcentual.

II. Principio de Favorabilidad y de Igualdad Material a la luz de la Constitución Política de 1991:

En Colombia a partir del año 1991, con la entrada en vigencia de un nuevo orden constitucional, se consignó en el artículo primero⁷ de nuestra carta magna, el concepto de *Estado Social de Derecho*, con el cual se persigue la consecución de la justicia social y la dignidad humana a través del sometimiento de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales.

⁶ “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.

⁷ “ARTICULO 10. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Dentro del abanico de principios que imbuyen el andamiaje constitucional, se destaca el de favorabilidad en materia laboral, señalado en el artículo 53 de la referida constitución, así:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. (Negrillas por fuera del texto original)

El mentado principio fue desarrollado por la H. Corte Constitucional⁸, de la siguiente manera:

“El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”⁹

Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha dicho esta corporación que para la aplicación de la favorabilidad, deben presentarse, además, dos elementos a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y

⁸ Ibídem nota al pie # 5.

⁹ T-290 de marzo 31 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.”¹⁰

Ahora bien, sobre la aplicación del Principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de las Fuerza Pública, la sentencia T-894 del 11 de noviembre de 2010, esbozó:

“4.1. El derecho a la pensión especial es de carácter constitucional, como quiera que emana directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, pues “nace y se consolida ligado a una relación laboral”, además de su inmanente conexión con la dignidad humana y la vida misma.

4.2. La Ley 100 de 1993 es el núcleo temático de la seguridad social, aplicable para todos los individuos del territorio nacional, salvo las excepciones mencionadas en dicha ley, las cuales se encuentran consagradas en su artículo 279, donde se indica que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)¹¹ y 217¹² de la Constitución Política, en los cuales estableció que la Ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan¹³.

La Jurisprudencia de esta corporación ha precisado que cuando se hace referencia a la expresión régimen prestacional, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud¹⁴.

4.3. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo,

¹⁰ T-545 de mayo 28 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-090 de febrero 17 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

¹¹ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”.

¹² El artículo 17 de la Constitución Política, consagra: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

¹³ Cfr. C-432 de mayo 6 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-372 de mayo 11 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ Cfr. C-654 de diciembre 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-835 de octubre 8 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-101 de febrero 11 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, las cuales además indican que el fundamento jurídico de las prestaciones derivadas de las contingencias propias de la seguridad social, se encuentran en el artículo 150, num. 19, lit. e) de la Constitución, que corresponde a las materias sujetas a ley marco.

en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, “...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”, se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador.

....”¹⁵

Pues bien, decantadas las particularidades del Principio de Favorabilidad y su aplicabilidad en el régimen pensional de las Fuerzas Militares, se adentra este Cuerpo Colegiado a estudiar el contenido del Principio de igualdad material.

Para lo anterior, considera menester esta Sala de Decisión citar un aparte de la Sentencia C-229 de 2011¹⁶:

“3.1 El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes¹⁷. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.

No obstante, el anterior enunciado puede presentar variables que por sí mismas no hacen que una norma sea discriminatoria. Así, el legislador puede dar un trato distinto a personas que, respecto de un cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales. Así mismo, la igualdad no excluye la posibilidad de que se procure un tratamiento diferente para sujetos y hechos que se encuentren

¹⁵ Sentencia C-168 de abril 20 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶ Referencia: expediente D-8266 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 96 (parcial) del Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares”. Actor: Martín Edgardo Aponte Castellanos. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011)

¹⁷ Sobre el tema de la igualdad se ha pronunciado la Corte en múltiples sentencias, entre las cuales se pueden consultar la T-597 de 1993; C-461 de 1995; C-230 1994; C-101 de 2003 (sobre regímenes especiales).

cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique¹⁸.

De este modo, no existe trato discriminatorio cuando el legislador otorga un tratamiento diferente a situaciones que, en principio, podrían ser catalogadas como iguales, si tal igualdad sólo es aparente o si existe una razón objetiva y razonable que justifique el trato divergente. De la misma manera, nada se opone a que el legislador prodigue un tratamiento idéntico a situaciones aparentemente distintas, pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad.

Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁹.

3.2 Sobre este punto se ha pronunciado en múltiples oportunidades esta corporación. Desde sus inicios manifestó al respecto:

“El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes”²⁰.

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática”²¹.

3.3 Para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido como metodología válida la realización de un juicio de igualdad²². Dicho juicio implica establecer cuáles son las situaciones o supuestos susceptibles de comparación con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo diferente que amerite un trato divergente. Una vez hecho lo anterior, hay que verificar si ese tratamiento obedece o no a criterios objetivos, razonables, proporcionados y que resulten acordes con una finalidad constitucional legítima. En últimas, lo que hay que establecer es si la norma objeto de control constitucional regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable. Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual²³.

¹⁸ Al respecto se ha pronunciado la Corte en las sentencias C-445 del 4 de octubre de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-590 del 7 de diciembre de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-173 del 29 de abril de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-526 del 18 de septiembre de 1992.

²¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992.

²² Pueden consultarse las sentencias C-445 de 1995, ya citada, C-598 del 20 de noviembre de 1997, C-654 del 3 de diciembre de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-888 del 22 de octubre de 2002.

²³ Sobre la estructura del derecho a la igualdad y concretamente lo relacionado con el test de razonabilidad pueden consultarse las sentencias T-230 del 13 de mayo de 1994 y C-022 de 1996, ya citada.

3.4. En lo que concierne a regímenes especiales, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que su existencia, per se, no desconoce el principio de igualdad²⁴. Tales regímenes responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social²⁵ y su objetivo reside en la “protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”²⁶. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinara su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P.)”.

Así entonces, tenemos que el principio de igualdad material, se fundamenta en un axioma jurídico: *tratar igual a lo iguales y desigual a los desiguales*, esto no es más que, plantear una desigualdad formal para efectos de alcanzar la igualdad material. Amén de lo anterior, tal y como se expone en el texto de la sentencia citada *ut supra*, cabe la posibilidad que el Legislador disponga realizar un tratamiento desigual respecto de sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, siempre y cuando medie una razón objetiva, suficiente y clara que justifique o ampare tal trato desemejante.

III. CASO CONCRETO.

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, este Cuerpo Colegiado precisa, que se encuentra debidamente probado que señor DORADO NARVÁEZ, prestó sus servicios como soldado voluntario desde el año 1993 hasta el año 2003, (folio 56 revés), y estuvo vinculado a la institución militar por un tiempo de 21 años y 23 días (folio 22).

Se evidenció igualmente que, mediante Resolución No. 1537 del 09 de abril de 2013, se le reconoció y se le ordenó el pago de la asignación de retiro como Infante de Marina Profesional en cuantía equivalente al 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (fl. 22 -24).

²⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En igual sentido se han proferido las sentencias C-654 de 1997, ya citada, C-080 del 17 de febrero de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-890 del 10 de noviembre de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-956 del 6 de septiembre de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y C-1032 del 27 de noviembre de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

²⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Que mediante derecho de petición de fecha 17 de julio de 2013, el actor solicitó la reliquidación de la asignación de retiro en el sentido de reajustar el S.M.L.M.V. Mas el 60% (fl 14) la cual le fue negada mediante el acto administrativo N° 42383 de fecha 08 de agosto de 2013, (Fl. 15).

Se observa igualmente, que mediante petición de fecha 22 de julio de 2013, solicitó la reliquidación del 70% de los factores prestacionales en la asignación de retiro con base en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 a partir de la fecha de reconocimiento de su asignación de retiro (fl. 16), la cual fue negada mediante oficio No. 43642 del 14 de agosto de 2013 (fl. 17).

Se avizora en el plenario, que el día 26 de julio de 2013, el demandante solicitó el reconocimiento, pago e inclusión de la duodécima parte de la Prima de Navidad conforme al Decreto 4433 de 2004 (fi. 18), la cual fue negada mediante Oficio No. 45514 del 22 de agosto de 2013 (fl.19).

Por último ilustra la Sala que, la asignación de retiro del actor fue liquidada con los siguientes porcentajes y partidas computables: *asignación básica \$800.128, incremento anual 4.02%, prima de antigüedad 38.5%, porcentaje de liquidación 70%*, tal como consta a folios 21 a 24 del cartulario.

Ahora bien, el recurrente establece como motivo de inconformidad, respecto del reajuste reclamado en incrementado de un 60%, cuando lo correcto sería establecer un incremento solo del 40%, argumento que para esta Sala carece de tofo asidero jurídico, por cuanto es la primer suma la que se debe tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro como se dejó expuesto en precedencia.

Para resolver el anterior punto, esta Judicatura considera necesario citar un aparte de la sentencia adiada 13 de febrero de 2014²⁷ proferida por la Sala Segunda de

²⁷ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL Sincelejo, trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014) Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2012-00048-01 DEMANDANTE: JUAN CARLOS CARRIAZO JULIO DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" M. DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO. Ver el siguiente link <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/SUCRE/TRIBUNAL%20ADMINISTRATIVO%20DE%20SUCR>

Decisión Oral de este Tribunal Contencioso, que en un caso análogo al que se juzga en el sub examine, esbozó:

“Ahora bien, esta Sala considera, que del anterior recuento normativo, la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, debe ser soportada, bajo una interpretación sistemática e integral, de aquellas normas que consagra la especialidad del régimen salarial y prestacional en estudio, por lo que no es aceptable, la aplicación de cualesquiera de las normas expuestas en acápites precedentes, sin atender a su sentido histórico-funcional.

De tal forma, que al momento de liquidarse las asignaciones de retiro para los soldados profesionales, se debe tener en cuenta lo consignado en el artículo 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, que establece una serie de fórmulas propias, para lograr tal cometido, como lo es el 40% del Salario Mínimo Legal y los porcentajes de prima de antigüedad; sin embargo, conforme el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 del 2000, aquellas personas que a 31 de diciembre de 2000, obraban como soldados voluntarios, tendrán como beneficio alterno del sistema, el de efectuarse la operación aritmética, no con el 40 % del SMLMV, sino con el 60% de tal concepto, dándose protección a los intereses e iniciativas que a lo largo de la historia legislativa, se ha buscado detentar a miembros de la Fuerza Pública, como lo son los soldados profesionales/voluntarios.

Así las cosas, el cargo desarrollado en apelación por parte del actor, está llamado a prosperar, toda vez que, si bien se observa de la historia laboral del Infante profesional (r) JUAN CARLOS CARRIAZO JULIO12, que el mismo ingresó al servicio militar obligatorio el 16 de septiembre de 1989, y finalizó el 15 de marzo de 1991, pasando luego a convertirse en Soldado voluntario de las Fuerzas Armadas, el 1° de abril de 1991, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el demandante tiene derecho a que se liquide su asignación de retiro bajo la égida del 60%.

Ahora bien, es menester aclarar, que no deben confundirse las competencias y atribuciones, en el pago de las (sic) asignación mensual de los miembros activos y retirados de las Fuerzas Militares, en razón a que, el pago de ese emolumento básico, para quienes se encuentren en servicio activo, corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Oficina o División de Prestaciones Sociales – Talento Humano, en cambio, para los que ostentan la condición de retirados, que gocen de la cancelación de una asignación de retiro mensual -pensión-, la competencia para ese pago, le asiste a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, por tal razón, **cualquier petición de reajuste de esa prestación pensional mensual, donde se pida la inclusión de ciertas partidas excluidas inicialmente –verbi gracia, porcentajes adicionales sobre la asignación básica-, debe ir dirigida a dicha caja, al ser la entidad que tiene la disposición de los recursos y ordena el pago de esa erogación.**

Así las cosas, es ajustado a derecho, que el actor solicitara a CREMIL, el pago de la diferencia porcentual que se le debe adicionar al salario mínimo legal mensual vigente, esto es 20%, que corresponde de la diferencia entre el 40%, sobre el cual se liquidó su asignación básica, y el 60%, que realmente debe adicionarse, conforme al inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 del 2000, en concordancia con el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004”.

En ese orden de ideas, para este estrado judicial, tal y como se dejó sentado al inicio de este acápite, le asiste razón al demandante, en cuanto que, al Infante de Marina Profesional ® VICENTE CARLOS DORADO NARVÁEZ se le debe reajustar su asignación de retiro con base en el salario mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), puesto que el mismo a 31 de diciembre de 2000, tenía el atributo de ser soldado voluntario²⁸, lo que lo hacía acreedor al mentado beneficio.

Decantado lo anterior, menester es referirse a la forma cómo debe ser computada la asignación de retiro, la cual conforme a las preceptivas que regulan tal beneficio, las cuales han sido citadas a lo largo de este proveído, se determina con base en el 70% del valor resultante de la asignación mensual del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 (60%), sumándole asimismo el 38.5% de la prima de antigüedad.

Lo anterior fue dilucidado por esta Colegiatura en la sentencia citada en líneas superiores, veamos:

“Sea esta la oportunidad para aclarar, que como bien lo apunta el demandante y el A quo en la providencia en alzada, el 70% no se detenta de la sumatoria del salario mensual a definir y la prima de antigüedad, conjuntamente – (salario a definir + 38.5% prima de antigüedad) (70%)”, sino que se predica del primer concepto, resultado último, al que se le debe sumar el porcentaje de la prima de antigüedad de manera separada o más bien excluyente, es decir, (70% salario a definir) + (38.5% de la prima de antigüedad)”²⁹

Volcando lo anterior al asunto que se somete a consideración de esta Sala, se tiene que la decisión adoptada por el A quo atinente a este punto, se encuentra ajustada a derecho, ya que, es claro que la entidad demandada al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, aplicó el 70% sobre la suma del salario mensual y el porcentaje de la prima de antigüedad³⁰, actuar que a todas luces contraviene las normas

²⁸ Ver Hoja de servicios a folio 56 del Cuaderno Principal.

²⁹ Ídem nota al pie # 27

³⁰ Ver liquidación obrante a folio 38 reverso del C. Principal.

que regulan la materia, resultando en consecuencia procedente el reajuste de la asignación de retiro, también por este ítem.

Por último, Considera la Sala pertinente exponer, que tal como lo expuso el Juzgador de la primera instancia, la no prosperidad de la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en su asignación de retiro, obedece a que esta no se encuentra enlistada en el marco normativo contenido en el Decreto 4433 de 2004, para soldados profesionales, pues esta prerrogativa solo fue dispuesta por el legislativo para quienes ostentan el rango de oficiales y suboficiales, no obstante si en gracia de discusión se adentrara en el análisis del juicio de igualdad y se ajustara el estudio a los parámetros de proporcionalidad y de constitucionalidad de la norma, decidiéndose con esto inaplicarla por inconstitucional, dicho estudio vendría a ser impertinente en el *sub judice*, pues no se logró demostrar en el proceso, que el demandante hubiera devengado dicha prima de navidad, pues dentro de su hoja de servicios (visible a folios 56 y 57) no aparece dentro de los haberes percibidos la mencionada prima que se pretende incluir en la asignación de retiro

Así las cosas, concluye esta Sala que no posee vocación de prosperidad el recurso interpuesto por la demandada, dado que el demandante posee el derecho a que se le reajuste su asignación de retiro en los términos expuestos en precedencia, dado que la asignación de retiro se debe liquidar con base en el salario mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), conforme al inciso final del artículo 1 del Decreto 1974 de 2000, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** la sentencia venida en alzada.

IV. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la demandada apelante, a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

V. ACEPTACIÓN DE IMPEDIMENTO.

La doctora Silvia Rosa Escudero Barboza, como Magistrada integrante de la Sala de decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, manifiesta declararse impedida para hacer parte del Quórum deliberatorio y decisorio en el presente proceso, fundada en las causales contempladas en el artículo 140 y 141 # 2, del C.G.P. (folio 19).

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para esta Colegiatura que, las causales de impedimento en tratándose de procesos ante la Jurisdicción Contenciosa, son las consagradas en el artículo 130 del C.P.A.C.A y el 141 del C.G.P., por la remisión que hiciere el citado artículo 130.

Visto esto, al observar la providencia objeto del recurso de apelación, claramente se puede establecer que la H. Magistrada Dra. Silvia Rosa Escudero Barboza, se encuentra incurso en la causal señalada en el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P. , pues fue ella quien profirió la sentencia que se recurre, por lo tanto a la luz de la normativa en cita, se encuentra impedida para participar en la decisión que se tome de fondo en este proveído,

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA PRIMERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2016 por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

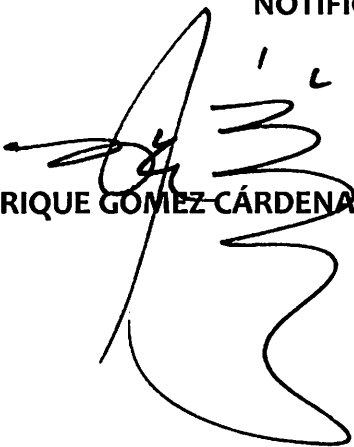
SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor del demandante. En firme la presente providencia, por el A quo, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: DECLÁRESE FUNDADO el impedimento manifestado por la H. Magistrada Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA, para hacer parte del quórum deliberatorio y decisorio en el presente proceso.

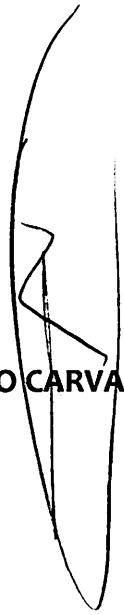
CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCELESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 146.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CESAR ENRIQUE GOMEZ CÁRDENAS



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Con impedimento