TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

REFERENCIA.	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
PROCESO:	**70-001-33-33-001-2015-00153-01**
DEMANDANTE:	**LUIS MONCAYO LIZCANO**
DEMANDADO:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2016[1] por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, por la cual accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[2].

Pretende la parte demandante lo siguiente:

1.1.2. Que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios N° 83943 del 30 de octubre de 2014, en virtud del cual se negó el reajuste de asignación de retiro devengada por el demandante, y N° 88765 del 19 de noviembre de 2014, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

---

[1] Sentencia dictada en audiencia inicial.
[2] Folios 25-33 cuaderno de primera instancia.

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al reconocimiento y pago a favor del demandante , del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho.

1.3. Se ordene el Reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma y en el inciso segundo del artículo del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo de valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.

1.4. El Reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 1° del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40% cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mensual vigente incrementado en un 60%.

1.5. Reajuste por violación del Derecho Fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, entre ellos el demandante. Cuando a Todos los demás miembros del Ministerio de Defensa Nacional, así como de las Fuerzas militares, tanto civiles como militares y de Policía, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación de la asignación de retiro respectiva.

Como ***FUNDAMENTOS FÁCTICOS*** se expuso que, ingresó a la Armada Nacional el 20 de noviembre de 1992, en condición de soldado voluntario y para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba esa condición.

Que en condición de soldado voluntario la vinculación a la Armada Nacional estuvo regida por los parámetros establecidos en la ley 131 de 1985 y por decisión de la Armada Nacional, a todos los soldados voluntarios los pasaron a ser denominados soldados profesionales a partir del 1º de noviembre de 2003, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 de 2004.

Señala que, estuvo vinculado a la Armada Nacional durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la cual fue reconocida mediante Resolución N° 4597 del 28 de septiembre de 2011.

Por último consideró que, la Resolución de reconocimiento de su asignación de retiro, no efectuó la liquidación en los términos de Ley bajo las formulas correspondientes, los porcentajes a los que se tiene derecho y las partidas que son computables para tal efecto.

1.3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 21 de julio de 2015 (fol. 41 C.Ppal).
- Inadmisión de la demanda: 10 de diciembre de 2015: (folio 43 ídem).
- Admisión de la demanda: 10 de marzo de 2016 (fol. 66).
- Notificación a las partes: 11 de marzo de 2016 (fol. 67 y ss).
- Contestación de la demanda: 31 de mayo del 2016 (fol. 81 a 84).
- Audiencia inicial-sentencia: 26 de octubre de 2016 (fol. 54 a 56 C. Principal).
- Recurso de apelación: 9 de noviembre de 2016 (fol. 168 a 176)
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 24 de enero del 2017 (fol.187-188)

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[3].

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó la contestación de la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones aludidas por la parte actora, aceptando lo hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, y negando los restantes, sustentado para ello, la carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar como una partida computable para liquidar su asignación de retiro. Al tiempo que propuso las siguientes excepciones:

i) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Afirma que la entidad ha actuado con apego al ordenamiento jurídico motivo suficiente para que se infiera que el acto acusado está desprovisto de cualquier motivación ajena a la realidad legal.

[3] Folios 81-84 C.Ppal.

i) **No configuración de violación al derecho a la igualdad.** Justifica esta excepción diciendo que no se ha vulnerado tal derecho constitucional, pues, fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, por lo que sí el accionante tiene reproches contra las normativas que sirvieron de sustento para el reconocimiento de la asignación de retiro, deberá atacarlas judicialmente cuyo resultado tenga un directriz y efecto directo a esa entidad demandada, pues ésta tiene proscrita la facultad de realizar interpretaciones a las normas prestacionales de estos servidores del Estado.

ii) **Prescripción.** Advierte que si en gracia de discusión al accionante le asiste el derecho pretendido en esta oportunidad, se le debe aplicar al derecho reconocido la prescripción trienal prevista en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

1.5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[4].

El Juez de primera instancia, concedió las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte demandada. Para el efecto, consideró que en relación con el procedimiento y forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados o infantes de marina profesionales, dispuesta por el Decreto 4433 de 2004, era evidente, que existe diferencia, entre los oficiales y suboficiales respecto de los primeros, pues a estos se les reconoce como componente social liquidatorio, el subsidio familiar, excluyéndose a los soldados e infantes profesionales.

Manifestó que en la hoja de servicios del Infante profesional ® Luis Moncayo Lizcano, el mismo ingresó al servicio militar obligatorio el 16 de marzo de 1991, pasando luego a convertirse en Soldado voluntario de las Fuerzas Armadas (Infante voluntario desde el 20 de noviembre de 1992) y finalmente, accediendo al empleo de infante de marina profesional (14 de agosto de 2003), de conformidad con el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, el demandante tenía derecho a que se le liquidara su asignación de retiro, bajo la égida del 60% antes mencionado.

A su vez, precisó que el porcentaje del 60% del SMLMV, atribuible a la asignación de retiro del demandante y estableció la forma cómo debía ser computada la asignación de retiro, desde los parámetros integrales de las normas que conforman tal prestación

[4] Fols. 111 a 124 C.Ppal.

social, por ello se considera, que la misma se debe fijar, teniéndose en cuenta el 70% del valor resultante de la asignación mensual del inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (sumatoria del 60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad -De manera separada o más bien excluyente -(70% salario a definir)+ (38.5% de la prima de antigüedad).

Por último sostuvo que, en atención a lo analizado sobre la connotación o carácter social que tiene el subsidio familiar, y según lo expuesto por la H. Corte Constitucional, la diferenciación evidenciable, de los oficiales-suboficiales y los soldados profesionales, no contiene una finalidad u objeto constitucional razonable, al encontrar que estos últimos son a quienes, en primera medida, debería ser dirigida la prestación social en comento, no encontrando razón alguna, para que se excluya este emolumento, como factor liquidatorio de la asignación de retiro de los mencionados soldados profesionales, lo cual es violatorio del principio de igualdad respecto de los oficiales y suboficiales que si reciben dicho emolumento.

En virtud de lo anterior, aplicó la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo del art. 13 del Decreto 4433 de 2004, y como consecuencia hacer el reconocimiento y liquidación de la misma dentro de la asignación de retiro, ordenando la nulidad de los actos administrativos demandados y como consecuencia el restablecimiento del derecho a través de la reliquidación de la asignación de retiro del Infante de Marina Profesional ® señor LUIS MONCAYO LIZCANO.

1.6. EL RECURSO DE APELACIÓN[5].

La parte demandada inconforme con la sentencia de primera instancia presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente y como argumentos principales del mismo expresó que, en lo que se refiere al cómputo del salario base de los Soldados Profesionales como partida computable para el reconocimiento de asignación de retiro, se encuentra lo siguiente: **(i)** Que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estipula que a los Soldados Profesionales que consoliden el derecho se les pagará una Asignación de Retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del mismo Decreto, **(ii)** Que el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estipula que el Salario Mensual de los Soldados Profesionales se establece de acuerdo a los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y **(iii)** Que el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados Profesionales devengarán un (1) salario mensual

[5] Fls. 168 a 176 C.Ppal.

equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Que de conformidad con dichas normas, la entidad viene aplicando la fórmula:
AR = 70% ((SM)+38.5% (PA)) en la cual:
AR: Asignación de retiro.
SM: Salario mensual en los términos del Decreto ley 1794 de 2000.
PA: Prima de antigüedad.

Señaló que, solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se les dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los decretos 1793 y 1794 de 2000. Por consiguiente, siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esta entidad (como sustento cita, una sentencia del 20 de Septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "C" dentro del proceso de referencia No. 11001333503020120008601 Demandante: EDGAR ORLANDO MORA ACOSTA, Demandado: CREMIL, MP. AMPARO OVIEDO PINTO)

En cuanto al subsidio familiar expuso, que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

A su vez aseguró, que atendiendo a lo estipulado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se deba tener esta norma, como una disposición de carácter especial que prima sobra las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias. (Artículo 45 del decreto 4433 de 2004)

Que al revisar la norma, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales encontramos los siguientes (i) Acreditación de un tiempo de Servicio de 20 años, (ii) Cuantía fija de asignación de retiro en un 70% y (iii) Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.

Argumentó que, al estudiar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se puede observar que, la entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de asignación de retiro, para los Soldados Profesionales, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

En lo relacionado con la violación al derecho a la igualdad sostuvo 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 de la asignación de retiro, a través del decreto 4433 de 2004, Decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas.

Por último, agregó en lo atinente a la prescripción de los derechos reclamados que, no podrán reconocérsele en su totalidad 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 caso de marras, se debe declarar la prescripción del derecho, respecto de todas aquellas partidas u obligaciones a favor del demandante, que hayan sido cobijadas con la figura de la prescripción.

Respecto de la condena en costas señaló que, como quiera que en el presente proceso las pretensiones del demandante prosperaron de manera parcial, es legalmente válido exonerar a la entidad de la condena en costas de conformidad con lo expuesto en precedencia. Además, se debe precisar que el artículo 365 del C.G.P., señala que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causadas y comprobadas.

1.7. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

El conocimiento del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia le correspondió a este despacho por reparto de fecha 25 de enero de 2017[6]. Se admitió el recurso presentado por la parte demandada mediante auto de fecha 15 de marzo de 2017[7].

[6] Folio 2. Cuaderno de segunda instancia.
[7] Folio 4 ibídem C. Segunda instancia.

Mediante auto de fecha 28 de abril de 2017[8], se corrió traslado para alegar de conclusión y concepto del Ministerio Público, oportunidad procesal en la cual, solo se pronunció la parte demandante mediante escrito de fecha 4 de mayo del 2017, reiterando lo expuesto en la presentación de la demanda, agregando como sustento, una sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", de fecha 29 de abril de 2015 y una sentencia de tutela de la misma Corporación de la Subsección "B" de fecha 24 de junio de 2015[9].

El Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

El Tribunal 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 del CPACA.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, entra el Tribunal a dilucidar si *¿Conforme a las normas que regulan la materia, cuál es la fórmula que se debe tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de un ex Infante de Marina Profesional de las Fuerzas Militares? ¿Es procedente computar en la liquidación de la asignación de retiro el porcentaje reconocido por concepto de subsidio familiar?*

Como un planteamiento subsidiario, se cuestiona la Sala, *¿En el proceso contencioso administrativo regulado por la Ley 1437 de 2011, el régimen de las costas es subjetivo?*

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: i) Del Régimen salarial y prestacional de los Infantes de Marina Voluntarios que posteriormente se convirtieron en Infantes de Marina Profesionales, ii) La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación; iii) El subsidio familiar en las Fuerzas Militares; y iv) El caso concreto.

---

[8] Folio 9 ídem. C segunda Instancia.
[9] Folios 14-43 cuaderno de segunda instancia. Conforme nota Secretarial obrante a folio 44 la entidad demandada no presentó alegatos en este etapa.

I. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS INFANTES DE MARINA VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE SE CONVIRTIERON EN INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.

En primer lugar, téngase en cuenta que, actualmente, bajo la normatividad que rige a las Fuerzas Militares, la figura del Soldado Voluntario desapareció bajo la denominación unificada de Soldado Profesional; no obstante, el caso en cuestión exige que se analice las diferencias que en su momento existieron al respecto. Para ello, nada mejor que citar lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 2009, Exp. No. 2311-08, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, donde se consideró:

> *"Soldado Voluntario: mediante la Ley 131 de 1985, se estableció el servicio militar voluntario, para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifieste el deseo de prestar el servicio militar voluntario.*
>
> *Soldado Profesional: de conformidad con el artículo 1° del Decreto Ley 1793 de 2000, los soldados profesionales son "los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".*
>
> *Como bien puede apreciarse los dos conceptos anteriores son diferentes, el soldado voluntario surge del deseo de este de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio. En cambio el soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio."*

Ahora, en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política, el constituyente atribuyó al Congreso la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, razón por lo que se expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1º dispuso la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, reiterando así lo dispuesto por el artículo 189, numeral 11 superior -facultad reglamentaria general-. Cabe destacar, que en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, el legislador impuso una limitante al Gobierno Nacional en su labor reglamentaria, relacionada con los derechos adquiridos y el desmejoramiento de salarios y prestaciones. Esta última norma es del siguiente tenor:

> *"a) El respeto a los derecho adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales."*

Por otro lado, en lo que respecta a los soldados voluntarios, mediante la Ley 131 de 1985 se expidieron normas relacionadas con la prestación del servicio militar obligatorio. En el artículo 4º de dicha norma se dispuso lo relacionado con la remuneración percibida por los Soldados Voluntarios, así:

> *"El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."*

Esta norma, además de vincular a un tipo de soldados, también le estableció una remuneración, por lo que no puede desconocerse el derecho adquirido que frente a dicha prestación periódica habían adquirido, más cuando la misma es reiterada con posterioridad, ya con la naturaleza salarial, mediante el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la vinculación de Soldados Profesionales. La norma señala:

> *"Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 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%)".*

De acuerdo con lo anterior, si bien en la Ley 131 de 1985 se dispuso para los Soldados Voluntarios una Bonificación, no es menos cierto que mediante el Decreto 1794 de 2000, al crearse el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se le confirió la denominación de salario, garantizando con ello un derecho adquirido de los Soldados Voluntarios, condicionado únicamente a que al 31 de diciembre de 2000 ostentara dicha calidad.

Así pues, en cabeza de los antes denominados Soldados Voluntarios, existía y hoy existe aún, el derecho que se configuró bajo el imperio de una ley vigente –Ley 131 de 1985-, y posteriormente, mediante Decreto Reglamentario, se reiteró su naturaleza salarial –Decreto 1794 de 2000-; de modo que, el hecho que los Soldados Voluntarios hayan hecho tránsito a Soldados Profesionales, sea voluntariamente o no, no los excluye ni los exceptúa del derecho de ver incrementado su salario en un porcentaje del 60% de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Los derechos adquiridos en materia laboral, deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e interpretación más ventajosa o benéfica para el servidor público que opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas, en beneficio de la parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

De modo que, una interpretación correcta de la norma, acoge la posición de que el salario mensual del Soldado Profesional, que inicialmente tuvo el carácter de Soldado Voluntario, esto es, para el 31 de diciembre de 2000, equivale al salario mínimo legal mensual vigente para cada año, incrementado en un 60%, pues así se deduce del análisis de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, artículo 1º y parágrafo del artículo 2º del Decreto 1794 de 2000.

En aras de unificar jurisprudencia en el asunto en cuestión, el H. Consejo de Estado reiteró el criterio antes mencionado en sentencia del 25 de agosto de 2016, M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en donde se consideró:

> *"En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,[10] en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,[11] cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".*
>
> *De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,[12] es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.*
>
> *En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.*
> *(…)*
> *La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000[13] alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.*
> *(…)*
> ***Reglas jurisprudenciales***
>
> *En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:*
> *(…)*
> ***Segundo**. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,[14] la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de*

[10] Ib.
[11] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[12] Ib.
[13] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
[14] Ib.

diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,[15] es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%."[16]

II. 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 2º 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

[15] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[16] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Exp. No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015), M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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.

El 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 3°. 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 imbuidas por los principios reseñados ut supra, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad17, 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:

> *"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.*

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

> *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)*

En orden de lo expuesto, 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 200018; 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.

III. EL SUBSIDIO FAMILIAR EN LAS FUERZAS MILITARES

Sobre el tema del subsidio familiar de los miembros de las Fuerzas Militares, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en diversos proveídos, de los cuales la Sala destaca los siguientes:

En sentencia calendada 22 de febrero de 2007, esbozó:

> *"Según definición dada por el legislador (artículo 1° de la ley 21 de 1982), y que ahora adopta esta Sala, el "Subsidio Familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad".*

[18] "Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 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%)".

Se trata entonces de una prestación o partida cuya finalidad es la de ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas - cónyuge o compañera (o) e hijos - que se encuentran a su cargo, y en consideración a los ingresos del primero.

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el legislador19[1], como una forma de subvención, de ayuda o de auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales en servicio activo, casados o viudos con hijos, en donde se les asigna, por cada uno de estos miembros familiares, un determinado porcentaje sobre su asignación básica.

Al respecto, el Decreto 1211 de junio 8 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 79, dispone:

"Art. 79. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.
b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlo, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.
c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).
PARAGRAFO 1. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, debe hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.".

Como puede observarse, el reconocimiento y pago del subsidio familiar, en los precisos términos concebidos en las disposiciones anteriores, no se hallaba supeditado a que los miembros de las Fuerzas Militares estuviesen clasificados o escalafonados en un grado determinado, esto es, como Oficial o Suboficial, pues el legislador no hace - por lo menos hasta ese momento - distinción alguna entre su personal para tales efectos, como tampoco establece un límite en el quantum salarial - sueldo básico - para proceder a su liquidación mensual[20]".

Posteriormente en fallo del 3 de diciembre de 2009, se erigió:

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

"ARTICULO 1o. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar."

19[1] Obsérvense entre otros, los Decretos 3220 de 1953, 501 de 1955, 0325 de 1959, la Ley 126 de 1959 y los Decretos 23337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984 y 095 de 1989.
20 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA sentencia del 22 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-08031-01(1282-06) Actor: LUIS CARLOS ORDUZ RODRÍGUEZ Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL

"ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso".

"Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia.
En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional, quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Al efecto, estimó:

"En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue."

Es claro entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

El subsidio familiar puede otorgarse en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo, por la cual el beneficiario tiene derecho a la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la Ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades contemplado en la Ley[21]".

Las citas jurisprudenciales previas ponen de relieve la importancia que reviste el subsidio familiar como prestación social, encaminada a mejorar las condiciones de vida de las familias de los empleados que reciben ingresos clasificados en los rangos medianos y bajos, esto con el fin de proteger a la familia, institución vital dentro del engranaje social.

IV. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y DE IGUALDAD MATERIAL A LA

[21] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOSECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 3 de diciembre de 2009 Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01032-01(0468-09) Actor: GABRIEL RAMÓN DÍAZ ÓRTIZ Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.

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 primero 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.

Dentro del abanico de principios y garantías constitucionales se destaca el de favorabilidad en materia laboral, señalado en el artículo 53 de la C.P., cuando se expone que en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho ha de estarse a la situación que sea más favorables al trabajador; garantía o mandato desarrollado por la H. CORTE CONSTITUCIONAL[22], 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…".*
>
> *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 razonalibidad argumentativa y 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."*[23]

Y sobre el cual, en punto de su aplicación 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) y 217 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 desarrollan.*

---

[22] Ibídem nota al pie # 5.
[23] 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.

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 salud.

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, 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.
…."[24]

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 2011[25]:

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

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.

---

[24] Sentencia C-168 de abril 20 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
[25] 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)

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 proporcionalidad.

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".

"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".

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 igualdad. 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 desigual.

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 igualdad. 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 social 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.

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

V. DE LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD Y EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, CLARIDAD PARA EL EFECTO DE LA DECISIÓN A TOMAR.

Ahora bien, definido lo anterior, es claro que la disposición normativa, contenida en el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es abiertamente inconstitucional, considerando esta judicatura, que la decisión a adoptar, debe estar presidida, por la materialización de la excepción de inconstitucionalidad, en lo que respecta al subsidio familiar, como componente de liquidación de la asignación de retiro en soldados profesionales.

La excepción de inconstitucionalidad[27], se erige como un mecanismo judicial viable para inaplicar una norma, que va en detrimento de los principios y mandatos de la Constitución, cuando aún no se dado un juicio de constitucionalidad abstracto sobre la primera, ejecutándose, por ende, un control concreto de la disposición objeto de reparo, en cabeza de todos los jueces de la república, por mandato expreso del artículo 4º superior[28].

Es de aclarar, que no es dable confundir o mezclar, la excepción de ilegalidad y la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que tales figuras distan de ser asimiladas[29].

Se resalta que la excepción de ilegalidad, "se circunscribe a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida… o aún puede ser pronunciada de oficio.", por lo que en el caso en estudio, no se dan los parámetros jurisprudenciales dispuestos, para la concreción de tal mecanismo judicial, máxime cuando no está en discusión, la aplicación o no de una acto administrativo, sino que se discute tal apreciación, conforme a una norma de carácter legal, como lo es el Decreto 4433 de 2004.

---

[27] Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2010. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ver así mismo Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera -Subsección C. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 22592. C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

[28] Constitución Política de Colombia. *"ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades

[29]Sobre el tema de excepción de ilegalidad e inconstitucionalidad, ver Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Primera. Sentencia del 19 de julio de 2002. Expediente 2002-0725-01(AC). C.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sobre excepción de ilegalidad ver Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera-Subsección B. Sentencia del 25 de mayo de 2011. Expediente con radicación interna 23650. C.P Dra. Ruth Stella Correa Palacios

De allí que, en este asunto, solo debe tomarse la excepción de inconstitucionalidad, como el mecanismo judicial para inaplicar el parágrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004, debido a la apreciaciones elevadas en apartes precedentes.

VI. LAS COSTAS EN EL RÉGIMEN PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REGULADO POR LA LEY 1437 DE 2011.

Las costas en los procesos civiles y contencioso administrativos, entendidos como gastos procesales, es decir, como la asunción del valor de algunos actos procesales por las partes (notificaciones, honorarios de los auxiliares de la justicia, gastos procesales fijados al inicio del proceso, artículo 171 numeral 4 del C.P.A.C.A.) son claramente una carga procesal, de cuyo incumplimiento se puede derivar consecuencias procesales negativas, como por ejemplo la parálisis del proceso, el desistimiento tácito de la demanda (artículo 178 *ibídem*), etc.

Por otra parte, las costas ya entendidas como el costo que deben asumir las partes por el hecho de iniciar o resistir un proceso, para lo cual deben no solo cubrir los gastos procesales como cargas antes enunciados, sino que deben asumir el valor de la representación judicial que necesariamente debe estar presente en los procesos contencioso administrativos en donde se introducen pretensiones subjetivas (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales) a través de abogado titulado e inscrito (artículos 24 y 25 del Decreto 196 de 1971), conocido este rubro como agencias en derecho, son valores que se impone cubrir para el ejercicio adecuado del derecho de acción o de contradicción, claramente son una obligación procesal que debe ser asumida en principio por quien ejerce el derecho, valga reiterar, de acción o contradicción, y que se queda como obligación procesal asumida por cada parte o se convierte en derecho a favor de una de ellas, de acuerdo a la regulación legal que el legislador consagre con relación a la condena en costas.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, a diferencia del Código Contencioso Administrativo, se inclina igualmente por la teoría objetiva al remitir de forma directa en el tema de las costas la regulación adjetiva civil, es decir, el artículo 188 del C.P.A.C.A[30]. debe interpretarse en concordancia con el artículo 392 del C.P.C., ya citado, por lo que claramente en este punto el proceso contencioso administrativo sufre una importante

[30] ***ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.*** *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.*

modificación al pasar del régimen subjetivo (artículo 171 del C.C.A. en su redacción modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) en donde la condena estaba sujeta a la valoración que el juzgador realizará de la conducta procesal del vencido, a uno objetivo en donde quien pierde el proceso asume de forma automática la condena por este concepto. En igual sentido regula la costas el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366, normativa aplicable a esta jurisdicción a partir del 1 de enero de 2014, tal como lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso del CONSEJO DE ESTADO[31].

El Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 13001233300001300022201 (12912014), sobre la condena en costas en los procesos regulados por la Ley 1437 de 2011, señaló:

> *a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA.*
>
> *b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
>
> *c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
>
> *d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
>
> *e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
>
> *f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
>
> *g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."*

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, es claro para esta Corporación que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011 adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello, circunstancia que tampoco ha de advertirse en la fijación de las agencias en derecho,

---

[31] Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 25 de junio de 2014. Radicación: 25000233600020120039501 (IJ). Número interno: 49.299. Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A. Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. Referencia: Recurso de Queja.

dado que para esto último se tiene en cuenta los criterios señalados en el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

VII. ANALISIS DE REPAROS EN EL CASO CONCRETO.

Al unísono con el acopio probatorio recabado en el expediente, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 4-1676405 (folio 24) se acreditó que el señor Luis Moncayo Liscano, ingresó a las Fuerzas Militares–Ejercito Nacional, como soldado regular, desde el 16 de marzo de 1991 al 19 de noviembre de 1992 luego, continuó prestando sus servicios en la Armada Nacional en calidad de Soldado Voluntario del 20 de noviembre de 1992 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 al 29 de julio de 2011; luego gozó de tres meses de alta desde el 30 de julio de 2011 hasta el 28 de octubre de 2011, fecha en la que se retiró del servicio.

- Mediante Resolución No. 4597 del 28 de septiembre de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Luis Moncayo Liscano, en cuantía del 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, en los términos del inciso 1º, artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad, efectiva desde el 29 de octubre de 2011.[32]

Ahora bien, de acuerdo a lo acreditado en el plenario, se evidenció que el señor Luis Moncayo Liscano, tuvo la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, razón por lo que adquirió el derecho a devengar una asignación básica equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, conforme lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por lo que era ésta la asignación básica que había de tomarse para la liquidación de su asignación de retiro, como puntualmente lo manifestó el A quo.

En concordancia con lo señalado en los acápites normativos y jurisprudenciales, se reitera que, el paso de soldado voluntario a soldado profesional no puede implicar un desmejoramiento salarial, como tampoco se pueden vulnerar los derechos adquiridos, de modo que, al momento de liquidar la asignación de retiro, la entidad demandada ha debido tener en cuenta la condición salarial excepcional del demandante, puesto que corresponde a un derecho adquirido.

[32] Folios 2 y 3 cuaderno de primera instancia.

Entonces, para efectos de dar respuesta a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, reitera la Sala que la asignación básica a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro del señor Moncayo Liscano equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, puesto que al tener la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, le es aplicable lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Por su parte, cabe precisar que haciendo una lectura integral al artículo 16 del Decreto 4433 de 2011, dentro de un contexto que brinda el principio de favorabilidad en materia prestacional, se infiere que CREMIL utiliza una formula errada en la liquidación de la asignación de retiro, en la medida que el porcentaje del 70% debe extraerse del salario base de liquidación (asignación mensual) y no de la sumatoria de éste y el 38% de la prima de antigüedad, pues la normativa taxativamente prevé que el emolumento que se afecta por este porcentaje es la asignación básica, de manera que al efectuar la liquidación como lo viene haciendo la entidad en comento se afectaría otra erogación como es la prima de antigüedad.

En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, este argumento hace relación exclusivamente a la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar.

Al respecto esta Sala concuerda con el A quo en cuanto dicha prestación es computable para la liquidación de la asignación de retiro. Pues bien, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el subsidio familiar es factor de liquidación de la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales, más no lo es para los Soldados Profesionales.

Sin embargo, se pone de presente que no hay una razón constitucionalmente objetiva, suficiente y clara que justifique el trato diferencial entre la inclusión del subsidio familiar como factor computable para la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y la no inclusión de la misma a los Soldados Profesionales, atendiendo su espíritu y alcance, máxime cuando en la situación particular del hoy demandante, se encuentra acreditado que en su última nómina correspondiente al mes de julio de 2011, le fue pagada tal acreencia[33].

Así las cosas, conforme lo argumentado y acreditado, la asignación de retiro de la que es beneficiario el demandante, debe efectuarse bajo la siguiente metodología:

[33] Hoja de servicios visible a folio 24 del plenario.

70% del Salario mínimo mensual vigente + 60%.
38% de la prima de antigüedad.
Subsidio familiar.
_____
Total = Asignación de retiro.

En cuanto a la prescripción de derechos, se encuentra acreditado que el demandante presentó la solicitud de reajuste el 1º de octubre de 2014 y 5 de noviembre de 2014 (fls. 4-7; 9-10), la demanda fue presentada el 14 de mayo de 2015,y el demandante adquirió el derecho pensional el 29 de octubre de 2011 , por lo que a la fecha de presentación de la demanda no había trascurrido el término de 3 años previsto para la prescripción de los derechos, conforme lo dispone el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente y acorde con las premisas delimitadas en acápites previos, en lo que hace relación a la condena en costas decretada por el *A quo*, si bien el numeral 5 del artículo 365 del CGP dispone que cuando la demanda prospere parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, lo cierto es que ello no implica una imposición o un deber automático, dado que la norma solo prevé la posibilidad para que el Juez, bajo su *arbitrio*, disponga abstenerse de condenar en costas o hacerlo de forma parcial, cuando no prosperen todas las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, la Sala no encuentra ajustado modificar la condena en costas impuesta por el A quo.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada.

- **CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante, y 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.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo – Sucre el 26 de octubre de 2016. Por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** 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 Nº 102.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA