



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2015-00095-01
ACCIONANTE: JOSÉ IGNACIO AMADOR VANEGAS
ACCIONADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”
M. DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 4 de noviembre de 2015, proferida en audiencia inicial, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **JOSÉ IGNACIO AMADOR VANEGAS**, mediante apoderada judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”**, con el fin de que se acceda, a las siguientes reclamaciones:

“1.- Que se declare la NULIDAD de los actos administrativos conformados por los oficios N° 0050307 de fecha 21 de julio de 2014, en virtud del cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y N° 57736 de fecha agosto 01 de 2014, mediante el cual, se

¹ Ver folio 47 del cuaderno de primera instancia.

resolvió el recurso de reposición, interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

2.- 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...

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

4.- Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados...

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

6.- Que se condene en COSTAS a la entidad demandada."

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indica el actor, que el 1º de abril de 1988, ingresó al Ejército Nacional en condición de Soldado Regular, donde, una vez finalizada la prestación de su servicio militar, fue aceptado como infante voluntario, a partir del 01 de abril de 1991 y para el año 2000, ostentaba dicha condición, por lo que su vinculación, estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Señala, que por decisión del Ejército Nacional, los infantes voluntarios, pasaron a ser denominados infantes 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 31 de Diciembre de 2004.

Manifestó, que estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de veinte (20) años, siéndole reconocida, mediante Resolución N° 4236 de 13 de septiembre de 2013, asignación de retiro a cargo de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL".

² Ver folios 48-53 del cuaderno de primera instancia.

No obstante, consideró que la Resolución proferida, aplicó indebidamente, los presupuestos legales correspondientes, desconociéndose las fórmulas, valores y factores designados, para la liquidación de la prestación social, a la que tiene derecho. Por ello, decidió elevar solicitud de reliquidación de su asignación de retiro, la cual fue resuelta de manera negativa, mediante oficio 0050307 de fecha 21 de julio de 2014, decisión que fue objeto del recurso de reposición y confirmada en todas sus partes, a través de oficio N° 0057736, de fecha 01 de agosto de la misma anualidad. Conforme a lo expuesto, el actor, decide acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para que sean acogidas sus pretensiones.

Como soportes jurídicos de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; Arts. 138-195 del C.P.A.C.A; Artículo 10, Ley 4ta de 1992; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000, Decreto 4433 de 2004.

Argumentó al respecto, que las normas de carácter constitucional, son vulneradas de manera flagrante, al efectuarse una liquidación equivocada y desigual de la asignación de retiro, donde se desconoce el derecho a devengar, una pensión justa y acorde con las previsiones legales.

En cuanto los fundamentos de ley, la parte actora, centra sus aseveraciones, en la construcción de tres cargos a proveer, que son:

i). 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 1° del Decreto 1794 de 2000, toda vez, que se incurre en error, al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar.

ii). Reajuste, por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se esta 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, la asignación salarial mensual, se debe liquidar con base en el salario mínimo legal incrementado en un 60%.

iii). Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, al dejar de incluir el subsidio familiar, como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las Fuerzas Militares, tanto civiles, como militares y de policía, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación respectiva.

1.3. Contestación de la demanda³.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a través de apoderado judicial, ejerce su derecho de contradicción, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifiesta su conformidad parcial.

En las razones de la defensa manifestó, que su actuación fue en apego de la ley, donde los actos administrativos acusados, se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las súplicas de la demanda.

Advierte la entidad demandada, en lo que concierne al concepto de subsidio familiar, como componente de liquidación de la asignación de retiro, que su negativa encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, norma en la cual, no se consagra,

³ Ver folios 84-90, cuaderno de primera instancia.

expresamente, el factor en comento, como partida computable dentro del reconocimiento de la asignación de retiro para Soldados Profesionales.

Presento como excepciones, la legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL, carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar, no configuración del derecho a la igualdad y prescripción.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 4 de noviembre de 2015, proferida en audiencia inicial, decidió inaplicar por inconstitucional, el parágrafo del Art. 13 del Decreto 4433 de 2004 y por consiguiente, se declaró la nulidad del acto administrativo, conformado por el Oficio N° 50307 de fecha 21 de julio de 2014 y el N° 57736 de 01 de agosto de la misma anualidad; en consecuencia, ordenó, a título de restablecimiento, se reliquide la asignación de retiro, ajustando su valor, con aplicación de la fórmula establecida, es decir, el 70% de la asignación básica, incrementado en un 60%, más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional de la asignación básica, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.

En cuanto a los cargos destacó:

- Un cálculo errado a la hora de liquidar la asignación de retiro, en el entendido de que la misma, debe ser dada por el 70% del sueldo básico, y luego entonces, se suma el porcentaje correspondiente al 38.5%.
- Violación del derecho de igualdad, al no existir una razón justificable, del reconocimiento del subsidio familiar a los oficiales, más no a los

⁴ Ver folios 121-127 del cuaderno de primera instancia.

suboficiales, por lo cual, es inconstitucional, el trato desigual evidenciado en el párrafo del Art. 13 del Decreto 4433 de 2004.

1.5.- El recurso⁵.

CREMIL, a través de apoderado judicial, interpone el recurso de apelación, con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

Soporta la pretensión de alzada, bajo el marco definido en la contestación de la acción, en el que se destaca, una conducta apegada a las directrices normativas, en cuanto al reconocimiento y factores a liquidar en la asignación de retiro.

En materia de costas solicita, que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, se abstenga el juez en tasarlas, dando aplicación al Art. 365 del C.G del P; así como tener en cuenta, que solo habrá lugar a costas, cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 11 de marzo de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandada⁶.
- En proveído de 18 de abril de 2016, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo.⁷
- La parte demandante y la parte demandada, no se hicieron partícipes en esta etapa procesal⁸.

⁵ Folios 146-151; 152-156, del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

- El Ministerio Público, emite concepto de fondo⁸, considerando que se debe ordenar la reliquidación de la asignación de retiro, en la forma que la Ley establece, esto es aplicando el 70% al salario básico y adicionando, las partidas en un 38.5%, sobre la prima de antigüedad y el subsidio familiar, a más del reconocimiento de una bonificación equivalente al 60%.

Precisó, que le asiste razón al actor, en cuanto a la aplicación del principio de igualdad, para efectos de equiparar en tratamiento a los Soldados Profesionales, por un lado y a los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Militar, por el otro, respecto a la inclusión del subsidio familiar, en la liquidación de la asignación de retiro, si se tiene en cuenta, que dicho trato diferenciado, no se encuentra justificado.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la litis, el problema jurídico a desatar en la presente acción, es: ¿Existe lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos, contenidos en el Oficio N° 50307 de fecha 21 de julio de 2014 y el N° 57736 de 01 de agosto de la misma anualidad, en virtud de los cuales, se negó el reajuste de la asignación de retiro, devengada por el demandante, en lo que concierne a las fórmulas y factores establecidos para la respectiva liquidación, de la prestación social referida?

⁸ Folio 23, cuaderno de 2ª instancia.

⁹ Folios 18-22, cuaderno de 2ª instancia.

De conformidad con la problemática planteada, los extremos de la litis y los argumentos de las partes, esta Sala tratará los siguientes temas:

- i) De la liquidación de la asignación de retiro y los parámetros legales a tener en cuenta, para efectos del reconocimiento de miembros de las Fuerzas Armadas –Soldado Voluntario/Soldado Profesional-.
- ii) El subsidio de familia y su naturaleza, como factor liquidatorio a la hora de ser reconocida la asignación de retiro de Soldados Profesionales.
- iii) De la condena en costas y el régimen objetivo de valoración.

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1.- De la liquidación de la asignación de retiro y los parámetros legales a tener en cuenta, para efectos del reconocimiento de miembros de las Fuerzas Armadas –Soldado Voluntario/Soldado Profesional-.

El ordenamiento jurídico, mediante ley 131 de 1985, dispuso una serie de normas sobre el servicio militar voluntario, en lo relacionado al ingreso, beneficios y obligaciones respectivas, donde se destaca, para efectos de la problemática de esta acción, lo consignado en el artículo 6 de dicha normativa que reza:

“ARTICULO 4º. 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.”

De esta forma, se observa, que las personas que decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas, como *soldados voluntarios*, los cuales están definidos por el deseo de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio

militar obligatorio, a diferencia del *soldado profesional*, que es aquel entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio¹⁰, tenían derecho, en vigencia de la norma referenciada, a una **bonificación mensual**, equivalente al Salario Mínimo Legal más un sesenta por ciento (60%), de dicho valor.

Posteriormente, mediante Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000, los regímenes prestacionales de los soldados profesionales y soldados voluntarios fueron asimilados, de conformidad con el artículo 42 de tal preceptiva, que indicó:

“ARTÍCULO 42. ÁMBITO DE APLICACIÓN. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.”

La anterior disposición a su vez, debe ser interpretada bajo los contenidos normativos del Decreto 1274 de 14 de septiembre de 2000, que en su artículo 1º señala:

“ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. 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%). (Negritas y subrayas fuera del texto).

Entendiéndose, con las iniciativas legales abarcadas, el interés designado en la ley 4ta de 1992, con miras a la expedición de un régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, sin detrimento de los derechos adquiridos, enmarcándose una prerrogativa especial, para aquellos soldados voluntarios, que venían amparados por las preceptivas de la ley

¹⁰ Sobre la diferencia de soldados voluntarios y profesionales, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 11 de junio de 2009. Expediente 2311-08. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

131 de 1985, los cuales gozarían de un 60%, para efectos de liquidaciones prestacionales, existiendo a su vez, una cualificación de la bonificación mensual, a un **salario mensual**.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 923 de 2004, se instaura un nuevo interés, con el objeto de señalar las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta, para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, bajo un marco de eficiencia, universalidad, **igualdad**, **equidad**, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y **solidaridad**¹¹, los cuales determinan la expedición del Decreto 4433 de 2004, norma que cobija, actualmente, a los miembros de las Fuerza Pública, en asuntos atinentes a la primera de las normas mencionadas y que establece para efectos de la asignación de retiro lo siguiente:

“Asignación de retiro

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.*

¹¹ Se considera de suma importancia destacar las siguientes normas de la Ley 903 de 2004: “ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 2o. 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.

(...)

2.7. 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.”

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. (Negritas y subrayas fuera del texto)."

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, 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 artículo 1° del Decreto 1274 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 NO está llamado a prosperar**, toda vez que, si bien se observa de la historia laboral del Infante profesional (r) JOSÉ IGNACIO AMADOR VANEGAS¹², que el mismo ingresó al servicio militar obligatorio el 1° de abril de 1988 y finalizó el 31 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%.

Teniendo en claro, el porcentaje del 60% del SMLMV, se procede a establecer, la forma como debe ser computada la asignación de retiro, desde los parámetros integrales de las normas, que conforman tal prestación 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 1 del Decreto 1274 de 2000 (60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad.

Sea esta la oportunidad para aclarar, que como bien lo apunta el demandante y el juez de instancia, 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

¹² Ver folio 99 del cuaderno de primera instancia.

la prima de antigüedad de manera separada o más bien excluyente -(70% salario a definir)+ (38.5% de la prima de antigüedad)-.

Ahora bien, del medio de alzada, de manera confusa, se prevé un argumento referido a la falta de legitimación en la causa por pasiva, de CREMIL, al no ser esta la entidad que elabora las hojas de servicios, donde se establecen los factores y porcentajes liquidatorios de la asignación de retiro, obligación que se dice, está en cabeza del Ministerio de Defensa, este Tribunal no acoge el planteamiento en cita, por las siguientes razones.

La hoja de servicios, en materia del reconocimiento de la asignación de retiro, se traduce, en **primera medida**, como acto administrativo de trámite, mediante el cual, se demarcan una serie de factores y tiempos de servicios, con el objeto que la autoridad competente, proceda al reconocimiento y pago de la primera, sin embargo, el Honorable Consejo de Estado, ha previsto, que en aquellos eventos, en que se controvierta el contenido de la misma, es decir, se considere que no se señalaron en debida forma, los tiempos o factores liquidatorios a proveer, la naturaleza administrativa de trámite, se cualifica en definitiva, siendo la hoja de servicios, un acto administrativo definitivo, susceptible de control judicial¹³.

¹³ En sentencia del 4 de mayo de 2006, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, expediente 5786-03, con ponencia del Dr. Tarsicio Cáceres Toro, sobre lo expuesto precisó: "Al pretenderse el reconocimiento del tiempo servido a la Institución, sea que se busque la elaboración de la hoja de servicios policiales o, como en el sub lite, su adición para que se incluyan tiempos dobles que el actor considera no se le tuvieron en cuenta, estamos frente a una actuación consistente en un procedimiento previo y necesario para que posteriormente se acuda ante la autoridad competente en busca del reconocimiento o mejoramiento de la asignación de retiro; estas reclamaciones, como ya se expresó, pueden iniciarse en cualquier tiempo.

Esta Corporación ha dejado claro que aunque son actuaciones de trámite, la denegación de la elaboración de la hoja de servicios o negativa de su adición, así como los demás actos que se profieran en relación con ella, si existe inconformidad con lo decidido, impidiendo con ello obtener la asignación de retiro o su modificación, se ha concluido que dicha denegación pone fin a dicha actuación ante la autoridad Militar o Policial, haciendo imposible continuarla ante la autoridad y entidad que tiene a su cargo el conocimiento de las prestaciones periódicas pertinentes. Luego, la decisión administrativa negativa en esa materia, al tenor del art. 50 -in fine- del C. C. A., se reputa ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO, clase de pronunciamiento administrativo que sí es susceptible de enjuiciamiento ante esta jurisdicción."

No obstante, en el caso de marras, no se está discutiendo el contenido de la hoja de servicios, sino las fórmulas, con las que se procede a reconocer la asignación de retiro, las cuales, son definidas por ley, más no por la entidad respectiva -Ministerio de Defensa-, siendo los parámetros normativos, los que direccionan la decisión de reconocimiento de la prestación social, en comento, por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, de allí que en esta oportunidad, la hoja de servicios, es considerada como un acto administrativo de trámite, respecto de la cual, no existe inconformidad.

Por ende, al existir inconformidad, no con la hoja de servicios, sino con las fórmulas aplicadas por CREMIL, a la hora de liquidar la asignación de retiro del demandante, en lo que concierne al cargo N° 2 de la demanda¹⁴, se observa a todas luces, que el ente competente, a la hora de aplicar las fórmulas y preceptos normativos, en el reconocimiento de la prestación social en comento, es en este caso, el ente demandado, situación que le confiere legitimación por pasiva en la presente causa.

2.3.2. El subsidio familiar y su naturaleza como factor liquidatorio a la hora de ser reconocida la asignación de retiro de Soldados Profesionales.

El subsidio familiar, como componente de la seguridad social, ha sido asimilado en nuestro ordenamiento jurídico, desde mediados del siglo XX, caracterizado por ser una medida que busca *“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”*¹⁵.

¹⁴ Aquel elevado por *“el reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo 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, la asignación salarial mensual, se debe liquidar con base en el salario mínimo legal incrementado en un 60%.*

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 1997. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Dentro de su naturaleza se destacan, *“los medios para la consecución de este objetivo, que 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.”*¹⁶

Por consiguiente, el subsidio familiar debe ser entendido desde una óptica social, el cual a la hora de su reconocimiento, debe responder a los intereses de solidaridad, equidad y justicia, con miras a dar coherencia y cohesión, a los miembros que componen un núcleo social, atendiendo a su vez, a las particularidades propias de su contexto, prevaleciendo la prestación en comento, en aquellos grupos que más lo ameriten.

La corte constitucional, sobre el subsidio familiar ha destacado lo siguiente:

“Por otra parte, esta Corporación se ha pronunciado en numerosas ocasiones, tanto en sede de constitucionalidad como de tutela sobre el subsidio familiar. En primer lugar ha destacado que el subsidio familiar tiene una doble dimensión, según la perspectiva desde la cual sea analizado. La primera hace referencia al mecanismo previsto para acopiar los recursos para pagar el subsidio y a la naturaleza de estos recursos. La segunda sobre la naturaleza jurídica del subsidio mismo, la cual interesa especialmente para los fines de la presente providencia y por eso será analizada con mayor detalle.

En primer lugar se ha hecho referencia a la relación entre el subsidio familiar y los artículos 48 y 53 constitucionales. Así, se ha destacado que el subsidio familiar es una especie del género de la seguridad social. Igualmente se ha señalado que constituye un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que la cuota monetaria “se reconoce al trabajador en razón

¹⁶ *Ibíd.*

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". Estos pronunciamientos previos fueron recogidos en la sentencia C-1173 de 2001, en la que se sostuvo que el subsidio familiar ostenta la triple condición de prestación de la seguridad social, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio.

Por otra parte, en numerosas sentencias de tutela se ha establecido la relación entre la cuota monetaria del subsidio familiar y el derecho al mínimo vital, especialmente porque sus destinatarios finales son niños y personas de la tercera edad."

Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional sobre el tema, ha tenido una posición coherente y lógica, acerca las condiciones propias del concepto referenciado, a más de su finalidad social que vincula, no solo al beneficiario directo, sino que además, hace parte inherente de las garantías de la familia, como núcleo social por antonomasia.

No obstante, la temática abordada, guarda relación directa con la *progresividad de los derechos sociales* y la *prohibición de regresividad* respecto a los mismos, donde a su vez se ha indicado, que tales principios, deben ser analizados de manera integral, con los contextos sociales que hacen parte de la problemática suscitada, en los casos que lo ameriten, donde no existe una posición absoluta de la tales preceptos, pero a si mismo, solo es posible la disminución de ciertas garantías sociales en el evento de existir una medida razonable y justificable. Al efecto el Alto Tribunal Constitucional ha señalado:

"El mandato de progresividad, en materia de seguridad social que se desprende de los preceptos antes mencionados, tiene dos contenidos complementarios, por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad, así el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha expresado que "el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto periodo de tiempo". Adicionalmente también implica un segundo sentido, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los

derechos económicos, sociales y culturales. Esta última comprensión implica como contrapartida la obligación estatal de no regresividad, la cual ha sido interpretada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido que una vez alcanzado un determinado nivel de protección “la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”, lo cual no sólo es aplicable respecto a la actividad del Legislador sino también respecto a la actuación de la Administración en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos económicos sociales y culturales al igual que cualquier rama de los poderes públicos con competencias en la materia.

Se trata, sin embargo, de una prohibición prima facie, porque “los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado (...). Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”.

Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que las medidas regresivas, que disminuyen el nivel de protección ya alcanzado de un derecho social, se presumen contrarias al Pacto, pero no están absolutamente prohibidas, en el sentido que debe entenderse que el principio de la conservación de la condición más beneficiosa frente a cambios legislativos opera también como una prohibición prima facie, pero no como una interdicción absoluta de las medidas regresivas.

En fecha más reciente esta Corporación sintetizó en los siguientes términos el alcance de la prohibición de regresión “la constatación de la regresividad de la medida no conduce automáticamente a su inconstitucionalidad. Si bien este tipo de medidas pueden ser constitucionalmente problemáticas por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción, prima facie, de su inconstitucionalidad. En consecuencia, para desvirtuar esta presunción es necesario que la medida sea justificada y además adecuada y proporcionada para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.”

Ahora bien, en el caso examinado en la presente decisión se trata de una regresión normativa, sobre el particular se ha señalado que en estos casos la prohibición de regresividad no es absoluta ni petrifica la legislación en materia de derechos sociales, significando lo anterior que, si bien un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, puede ser justificable a través, eso sí, de un control judicial más severo.

(...)

Del recuento anterior se deduce que el alcance del principio de progresividad y de la prohibición de regresión, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional de los derechos humanos, no es absoluto y en definitiva que la regresión normativa siempre ha de ser examinada a la luz del contexto en el que se adopta la medida y de la finalidad que ésta persigue, por tal motivo es preciso hacer una breve referencia al marco regulador en el cual se encuentra la disposición demandada, esto es la Ley 1429 de 2010.”¹⁷

Llama la atención de esta colegiatura, que la jurisprudencia constitucional en asuntos como el desarrollado, recurre a contenidos de razonabilidad, para determinar la procedencia o no de medidas regresivas de elementos de corte social, donde además lleva ínsita la imperiosa necesidad de establecer un análisis constitucional del concepto **igualdad**, con miras a evitar la posible vulneración de este elemento de triple connotación constitucional (Valor, principio y derecho fundamental).

Frente a este último aspecto, se ha acudido a ciertas herramientas contemporáneas, a la hora de hacer una interpretación judicial, donde se destaca el juicio de proporcionalidad, en cabeza el test de razonabilidad, para así realizar una modulación extensiva del principio categórico, en el que se predica la máxima aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”.

El test de razonabilidad, ha sido entendido como “una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio

¹⁷ *Ibíd.*

relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?"¹⁸

Sobre la descripción técnica y argumentativa de la metodología asumida, esta Sala hace suyo los argumentos reiterados por la Corte Constitucional, en la sentencia C-022 de 1996, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz:

“Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (cf. 6.3.1.), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.*
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.*
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.*

El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica

¹⁸ Corte Constitucional.- Sentencia C-022 de 1996. M.P Dr. Carlos Gaviria Díaz.

la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes".

Concluyéndose sobre este aspecto, que el test de razonabilidad, se caracteriza por iniciar una operación intelectual, que se desprende de un juicio diferenciado con respecto al principio de igualdad, mediante el cual, se busca definir si la medida es justa y razonable, bajo la óptica del ejercicio de la proporcionalidad.

Desarrollados los anteriores argumentos y **aterizando a la solución del caso en concreto**, es evidente, que existe diferencia, en la manera como es liquidada la asignación de retiro, dispuesta por el Decreto 4433 de 2004, para los oficiales, suboficiales y los soldados profesionales, donde a los primeros, les es reconocido como componente social liquidatorio, el subsidio familiar, excluyéndose a los segundos.

Por lo tanto, este Tribunal debe definir, si la desigualdad mencionada, es justificable, en la medida del principio de proporcionalidad, profiriéndose al respecto, una decisión en sentido negativo, toda vez, que como fue expuesto en acápites precedentes, el subsidio familiar ha sido reconocido a la largo de la historia legislativa, como un beneficio a los sectores más pobres de la población, prevalentes en núcleos sociales de especial sujeción, donde se observa, que el trato diferenciado 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.

De la excepción de inconstitucionalidad, como sustento definitivo en el marco de la decisión a tomar.

Ahora bien, definido lo anterior, es claro que la disposición normativa contenida en el párrafo 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 inconstitucionalidad¹⁹, se erige como un mecanismo judicial viable para inaplicar una norma, que va en detrimento de la constitución, cuando aún no se ha detentado 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 4 superior.²⁰

De allí que, siendo la excepción de inconstitucionalidad, el mecanismo judicial para inaplicar el párrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004, debido a la apreciaciones elevadas en apartes precedentes, este Tribunal, **CONFIRMARÁ** el fallo de primera instancia, en lo que al cargo corresponde.

¹⁹ 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.

²⁰ Constitución Política de Colombia. "ARTÍCULO 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.*"

2.3.3. De la condena en costas y el régimen objetivo de valoración.

Se entiende por costas:

“la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas.”²¹

Por lo tanto, las costas procesales, se traducen en una medida desventajosa, para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel que resulta vencedor, en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, entorno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales, de conformidad con la ley 1437 de 2011, que derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984, se regula por el artículo 188, que estableció:

“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”.*

Del estudio de la norma, se observa la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual, desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse.”²², existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código de Procedimiento Civil²³, el cual, no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales

²¹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

²² <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

²³ Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.”

en estudio, pregonándose por un **régimen objetivo**, propio de esta jurisdicción, existiendo solo una exclusión a dicho régimen, cuando el asunto sea de interés público, que en el caso concreto no lo es.

Siendo así, el cargo formulado en relación con las costas, se resuelve a favor de los argumentos de la primera instancia, toda vez, que como se expuso, con la expedición de la ley 1437 de 2011, se constituyó un régimen objetivo en la materia abordada, por lo que no son aceptados los argumentos aseverados por la parte apelante, máxime cuando los mismos, se centran en una **facultad** de abstención del operador judicial de decretarlos (Numeral 6 del artículo 392 del C.P.C) y la acreditación de los gastos incurridos, los cuales se entienden implícitos a lo largo del trámite desplegado en ejercicio del presente medio de control.²⁴

3. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículo 365 y 366 del CGP, se condena en costas a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 4 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

²⁴ Puede consultarse Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección a. Sentencia del 7 de abril de 2016. Expediente con radicación interna 1291-2014. C. P. Dr. William Hernández Gómez.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, al ente demandado. El a quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0096/2016

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
(Ausente con permiso)