



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-004-2015-00099-01  
**DEMANDANTE:** NAUDEL NARVÁEZ ORTEGA  
**DEMANDADO:** 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 9 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se decidió inaplicar por vía de excepción de inconstitucionalidad, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio de igualdad y por consiguiente, se declaró la nulidad del acto acusado, disponiéndose el consecuente restablecimiento del derecho requerido.

### 1. ANTECEDENTES:

#### 1.1 Pretensiones<sup>1</sup>:

El señor **NAUDEL NARVÁEZ ORTEGA**, mediante apoderado 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 declare la nulidad del acto administrativo, contenido en el oficio No. 2014-81421 de octubre 21 de 2014 y a modo de restablecimiento del derecho, se condene a la misma, a reajustar la

---

<sup>1</sup> Folio 11 del cuaderno de primera instancia.

asignación de retiro del actor, con la inclusión de la partida del subsidio familiar en la misma proporción, que venía percibiendo en actividad, esto es, 62,5%, a partir del 18 de julio de 2013.

Así mismo, solicita el actor, se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes, a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro, hasta la fecha en que sea reconocido tal derecho.

De igual manera, solicitó el pago de los intereses moratorios, sobre los dineros dejados de pagar, en los términos señalados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Se condene a CREMIL, al pago de costas y agencias en derecho.

## **1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda<sup>2</sup>:**

Indica el actor, que prestó sus servicios en la Armada Nacional, por espacio de veinte (20) años. Durante ese tiempo, estuvo en servicio activo como infante de Marina Profesional y le fue reconocida y pagada una partida de subsidio familiar, que al momento de su retiro, correspondía al 62.5% de la asignación básica.

Mediante Resolución No. 3816 de julio 18 de 2013, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL-, le reconoció la asignación de retiro a que tenía derecho, decisión que no tuvo en cuenta, al momento de liquidar la prestación referida, la inclusión del subsidio familiar.

Sostuvo, que el 30 de septiembre de 2014, radicó derecho de petición ante la entidad demandada, solicitando la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, el cual fue resuelto, negativamente, a través del oficio No. 2014-81421 de octubre 21 de 2014.

---

<sup>2</sup> folios 12 - 13 del cuaderno de primera instancia.

Como soportes jurídicos de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 1, 4, 13, 42 y 53 de la Constitución Política; artículo 2º de la Ley 923 de 2004, artículos 2 y 5 del Decreto 4433 de 2004.

Argumentó al respecto, que no incluir la partida del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los Infantes de Marina Profesional, afectaba en forma directa el mínimo vital, con el cual debía mantenerse la familia, afectando la calidad de vida de su núcleo familiar y contraviniendo la protección especial, que el constituyente primario estableció en el artículo 42 del ordenamiento superior.

Sostuvo el demandante, que el acto demandado, lo estaba dejando en una situación de desigualdad, con los demás funcionarios públicos, que al momento de su retiro, adquirirían sus pensiones y el Estado les reconocía esta partida de subsidio familiar para beneficio de su familia, como era el caso de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública.

### **1.3. Contestación de la demanda<sup>3</sup>.**

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a través de apoderada judicial, ejerce su derecho de contradicción, oponiéndose a las pretensiones y hechos de la demanda, exceptuando, en este último, el supuesto relacionado con el reconocimiento de la asignación de retiro.

Como mecanismo de defensa, propuso las excepciones de *i) legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; ii) inexistencia de fundamento jurídico para la inclusión del subsidio familiar como partida computable, iii) no configuración de la violación del derecho a la igualdad, iv) prescripción del derecho; y (v) no configuración de causal de nulidad.*

---

<sup>3</sup> Folios 53 - 58, cuaderno de primera instancia.

Todas estas excepciones, apuntan a acreditar que la actuación de la entidad, al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante, fue ajustada a los parámetros legales y a las normativas vigentes, las cuales, no disponen incluir el subsidio familiar, en la pensión de los soldados profesionales, ni mucho menos, que aquella produjo un trato desigualitario entre éstos y los demás miembros de la Fuerzas Militares, como oficiales y suboficiales.

#### **1.4.- Sentencia impugnada<sup>4</sup>.**

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 9 de febrero de 2016, resolvió:

*“PRIMERO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.*

*SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional e ilegal para el caso en concreto, el parágrafo del artículo 13, de Decreto 4433 de 2004, por violar el principio constitucional de igualdad, así como, los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004 (...)*

*TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo N° 2014-81421 de 21 de octubre de 2014, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, (...)*

*CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho ORDÉNESE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, reliquidar la asignación de retiro del señor NAUDEL NARVÁEZ ORTEGA, (...), incluyendo el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica...”*

Como fundamento de su decisión, el A-quo señaló que a la fecha de vigencia del Decreto 4433 de 2004, al actor no se le había consumado su derecho pensional, contaba aproximadamente con diez años de servicios, es decir, que simplemente contaba con una mera expectativa del mismo, infiriéndose de tal situación, que aquél se encontraba cobijado por las disposiciones del citado Decreto, el cual no estipulaba la partida del subsidio familiar, para el cómputo de la asignación de servicio de los

---

<sup>4</sup> folios 107 - 115, del cuaderno de primera instancia

soldados profesionales, como si lo estableció para los Oficiales y Suboficiales.

Indicó, que si bien los Oficiales y Suboficiales, tenían un nivel jerárquico diferente, con ocasión de su ingreso, grado de estudio y responsabilidades; estos junto con los soldados profesionales, pertenecían a un solo grupo, como era las Fuerzas Militares, en el cual, los derechos y prerrogativas para acceder al régimen pensional de asignación de retiro, estaba regulado por una misma disposición, por lo que resultaba inconsecuente, el trato normativo materialmente desigual, entre dichos funcionarios, teniendo en cuenta el sentido y objetivo de la prestación que se omitía.

En atención a lo anterior, consideró el juez, que se configuraba una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad y universalidad y una consecuente, desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar, demeritando a los soldados profesionales, quienes percibían menos salario, en el grupo de las Fuerzas Militares.

Así estimó el A-quo, que debía inaplicarse el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que violaba el principio constitucional de igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, pues, impedía utilizar otros factores en la asignación de retiro; haciendo la salvedad, que en cuanto a los soldados e infantes de marina profesionales, que tuvieran como derecho adquirido el subsidio familiar, éste sería una partida computable, para efectos de calcular su asignación, en el porcentaje que se encontrare reconocido a la fecha de retiro, tal como tenían derecho los otros miembros de las Fuerzas Militares.

### **1.5.- El recurso<sup>5</sup>.**

Inconforme con la decisión de primer grado, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, apeló la sentencia de primera instancia.

---

<sup>5</sup> Folios 132 - 136 del cuaderno de primera instancia.

Manifestó, que en la hoja de servicio expedida por el Ministerio de Defensa, no se encontraba incluida la partida de subsidio familiar, dentro de las partidas computables para la asignación de retiro, por eso, el actor debió dirigirse a la autoridad administrativa respectiva, con el propósito que se esclareciera esa situación y no pretender, que como entidad demandada, asumiera una carga prestacional que no le correspondía y entrar a modificar una información, sin competencia para ello.

Aunado a lo anterior, indicó, que en el evento de existir algún porcentaje, por concepto de subsidio familiar en la hoja de vida del actor, tampoco sería posible su reconocimiento, en la medida que el legislador, no la contempló para tales efectos, tal como estaba estipulado en los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004.

Por último, hizo referencia a la condena en costas, citando el artículo 188 del C.P.A.C.A. y los numerales 5 y 8 del 365 del C.G.P.

Señaló, que si en gracia de discusión, se decidía emitir condena en contra de la entidad, solicitó se tuviera en cuenta, que desde el inicio del proceso, se planteó la excepción de prescripción, por lo que las pretensiones de la demanda, prosperarían parcialmente y era legalmente válido, exonerar a la entidad de la referida condena.

Precisó, que el citado artículo 365, señalaba que solo habría lugar a costas, cuando en el expediente aparecieran causadas y comprobadas.

#### **1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.**

- Mediante auto de 18 de abril de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

- En proveído de 12 de mayo de 2016, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto de fondo<sup>7</sup>.

- Las partes, no alegaron en su oportunidad.

## **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.**

Teniendo en cuenta las posturas expuestas, tanto por el actor, como por la entidad demanda, en el recurso de apelación y los argumentos del A quo, los problemas jurídicos a desatar en la presente acción, son:

¿La no inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro del señor NAUDEL NARVÁEZ ORTEGA, constituye una violación al principio de igualdad, respecto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que dentro de sus asignaciones de retiro, si se les incluye esa prestación social?

### **2.3. Análisis de la Sala.**

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

El ordenamiento jurídico especial, en materia prestacional, que rige para los miembros de las Fuerzas Militares de Colombia, prevé la manera y forma de

---

<sup>7</sup> Folio 11, cuaderno de segunda instancia.

liquidar la asignación de retiro, de cada uno de sus miembros, dependiendo del cargo y grado, según se denota del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que al tenor dice:

*"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.*

*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 (...)"**

Se desprende, entonces, que en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, se incluye como partida computable, el subsidio de familia, contrario, acontece con los soldados profesionales, que en sus asignaciones de retiro, no se incorpora esa prestación económica, en razón a que, aparte del salario y la prima de antigüedad, se excluye, expresamente, cualquier subsidio, entre el que se encuentra el reclamado en esta oportunidad, siendo en consecuencia, necesario indagar por la

naturaleza y objeto de lo pedido, en aras de determinar, si ese trato diferenciado es razonable.

El subsidio familiar, como componente de la seguridad social, ha sido acogido en el 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”*<sup>8</sup>.

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.”*<sup>9</sup>

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, prevaleciéndose la prestación en comento, en aquéllos 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*

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 1997. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

*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 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 de subsidio familiar, 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 así 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."<sup>10</sup>

Llama la atención de esta colegiatura, que la jurisprudencia constitucional, en asuntos como el desarrollado, recurre a contenidos de razonabilidad, para determinar la procedencia 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).

---

<sup>10</sup> *Ibíd.*

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 relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?”*<sup>11</sup>

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*

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional.- Sentencia C-022 de 1996. M.P Dr. Carlos Gaviria Díaz.

*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 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 concatenándolos 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, es evidente, que existe diferencia, entre los oficiales y suboficiales respecto de aquéllos, donde a los primeros, les es reconocido como componente social liquidatorio, el subsidio familiar, excluyéndose a los soldados e infantes profesionales, la atribución de incluirse en la liquidación de sus mesadas, esa prestación social devengada.

### **2.3.2. 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 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 inconstitucionalidad<sup>12</sup>, se erige como un mecanismo judicial viable para inaplicar una norma, que va en detrimento 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 4 superior<sup>13</sup>.

Es de aclarar, que no es dable confundir o mezclar, la excepción de ilegalidad y la excepción de inconstitucionalidad, tal como se evidenció en la decisión proferida por el A quo, toda vez que tales figuras distan de ser asimiladas<sup>14</sup>.

Se resalta que la excepción de ilegalidad, ***“se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del***

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.”***

<sup>14</sup> 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.

**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.”<sup>15</sup>, 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 un acto administrativo, sino que se discute tal apreciación, conforme a una norma de carácter legal, como lo es el Decreto 4433 de 2004.

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

#### **2.4.- Caso concreto.**

Abordando el *sub examine*, se evidencia, a partir de la Hoja de Servicio No. 4-15032434, de fecha enero 30 de 2013, expedida por la Armada Nacional, que el señor NAUDEL NARVÁEZ ORTEGA, ingresó a esa Fuerza Armada, el 15 de enero de 1992, a efectos de prestar el servicio militar obligatorio, de octubre 2 de 1993, hasta agosto 13 de 2003 y desde agosto 14 de 2003, hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en que fue retirado del servicio, bajo la causal de tener derecho a una pensión, fecha ésta, en la que fungía como infante de marina profesional<sup>16</sup>.

Mediante Resolución No. 3816 de julio 18 de 2013, expedida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, se reconoció al señor NAUDEL NARVÁEZ ORTEGA, una asignación de retiro, efectiva a partir del 31 de

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>16</sup> folio 68, anverso y reverso, del cuaderno de primera instancia, documento aportado por la misma entidad demandada con la contestación de la demanda.

marzo del año mencionado, en cuya liquidación, solo se contempla la asignación básica y la prima de antigüedad<sup>17</sup>.

De igual manera, se avizora en la hoja de servicios, que el actor, durante su servicio activo, percibía el subsidio familiar en cuantía del 4%<sup>18</sup>.

Visto lo anterior, se estima que el señor NAUDEL NARVÁEZ ORTEGA, habiendo percibido el subsidio familiar, de manera continua y reiterada, mientras estuvo en servicio, tal prestación económica, no fue incluida en la liquidación de la mesada de asignación de retiro, por ello, este Tribunal debe definir, si la desigualdad que existe en el presente caso, de liquidar la asignación de retiro de los infantes o soldados profesionales, sin atender el subsidio familiar en relación a la forma de liquidación del subsidio familiar de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, donde efectivamente se le incorpora ese emolumento en la respectiva liquidación, es justificable, en razón al principio de proporcionalidad.

En ese orden de ideas, esta Colegiatura considera, que la respuesta a lo anterior, debe ser en el 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.

Por las razones expuestas, dando respuesta al planteamiento jurídico propuesto, la no inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro del señor NAUDEL NARVÁEZ ORTEGA, constituye una

---

<sup>17</sup> Reverso de folio 77 y folio 78, 80 y 81 del cuaderno de primera instancia.

<sup>18</sup> Folio 68, cuaderno de primera instancia.

violación al principio de igualdad, respecto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que dentro de sus asignaciones de retiro si registran esa erogación; de manera que en el asunto de la referencia, debe aplicarse, solo para el caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, excluyendo la aplicación de la excepción de ilegalidad, toda vez que la contradicción surge, de la incompatibilidad con un principio de rango superior, como lo es la igualdad y no con una ley, acto administrativo o preceptiva de inferior jerarquía a la Constitucional.

Sin perjuicio al juicio de fondo anotado, en aras de solventar el argumento dado por CREMIL en el recurso de apelación, sobre la ausencia competencia que tiene para modificar la hoja de servicio del demandante, se estima, que no debe confundirse las competencias y atribuciones en el pago de las asignación mensual de los miembros activos y retirados de las Fuerzas Militares, en razón a que, el pago de ese emolumento básico, para quienes se encuentren en servicio activo, corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Oficina o División de Prestaciones Sociales – Talento Humano, en cambio, para los que ostentan la condición de retirados, que gocen de la cancelación de una asignación de retiro mensual – pensión -, la competencia para ese pago le asiste a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, por tal razón, cualquier petición de reajuste de esa prestación pensional mensual, donde se pida la inclusión de ciertas partidas excluidas inicialmente – verbi gracia porcentaje adicionales sobre la asignación básica-, debe ir dirigidas a dicha caja, al ser la entidad que tiene la disposición de los recursos y ordena el pago de esa erogación.

Si bien es cierto, que la entidad pagadora de la asignación de retiro, liquida la misma conforme lo devengado por el personal militar retirado, no lo es menos, que al tener la condición de pensionado, el ordenador o por decirlo de una manera, el respectivo nominador, es la entidad que lo pensiona, que para el caso de los militares, es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, en consecuencia, pedir la reliquidación de la asignación de retiro, con base en los parámetros y porcentajes que menciona la normativa

vigente, que aún hubiese sido pagados o no por el Ministerio de Defensa Nacional estando en servicio activo, corresponde a esa entidad.

### **De las costas procesales**

Por otra parte debe hacerse la claridad, en cuanto a las **costas procesales** cuestionadas por la apelante, que el artículo 188 del CPACA, dispuso que la para la imposición de costas procesales y agencias en derecho, debía efectuarse bajo el régimen objetivo, desplazando el carácter subjetivo que imperaba en el derogado Decreto 01 de 1984, de suerte que solo basta, que exista una parte vencida en el proceso, para considerar la imposición o no de esa figura, sin necesidad de hacer disquisiciones o elucubraciones, sobre la actuación de la parte procesal que resultó derrotada.

En razón a todo lo expuesto, este Tribunal, **confirmará** la providencia recurrida.

### **3.- Condena en costas - Segunda instancia**

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandada y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

## **4. DECISIÓN**

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 del 9 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas en segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

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

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 00101/2016

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**