



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-008-2015-00071-01
DEMANDANTE: OSCAR RAFAEL LUGO VILORIA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL -
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 6 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accede a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **OSCAR RAFAEL LUGO VILORIA**, 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 que se declare la nulidad del acto administrativo, contenido en el oficio No. 2014-38551 de junio 10 de 2014.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor, se condene a CREMIL a reajustar su asignación de retiro con la inclusión de la partida del subsidio familiar, en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, esto es, el 62.5%, a partir del 22 de octubre de 2012.

¹ Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

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 el derecho precitado.

Se ordene el pago de los intereses moratorios sobre los dineros dejados de cancelar, desde la fecha en que se generó el derecho de la asignación de retiro.

Se condene a la entidad, al pago de costas procesales y agencias en derecho y se ordene darle cumplimiento a la sentencia, en los términos señalados en el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

1.2.- Hechos de la demanda²:

El señor **OSCAR RAFAEL LUGO VILORIA**, prestó sus servicios en la Armada Nacional por espacio de más de 20 años.

Durante el tiempo que estuvo en servicio activo como Infante de Marina Profesional en la Armada, en razón a su matrimonio le fue reconocida y pagada una partida de subsidio familiar, la cual al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.

Dicha partida le fue reconocida, liquidada y pagada en la liquidación del auxilio de cesantías.

Mediante Resolución No. 6579 de octubre 22 de 2012, 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.

El 4 de junio de 2014, el actor radicó derecho de petición ante la entidad demandada, solicitando la inclusión del subsidio familiar en la asignación

² Folios 3 - 4, del cuaderno de primera instancia.

de retiro, el cual fue resuelto, negativamente, a través del oficio No. 2014-38551 de junio 10 de 2014.

1.3. Contestación de la demanda³.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a través de apoderada judicial, ejerció su derecho de contradicción oponiéndose a las pretensiones y hechos de la demanda, salvo en lo que hace al reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

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.*

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.

De igual forma, sostuvo la entidad accionada, que aplicó la normatividad legal vigente al momento de los hechos, ajustándose a lo estrictamente consagrado en la norma, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado.

³ Folios 44 - 48, cuaderno de primera instancia.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de septiembre 6 de 2016, inaplicó por inconstitucional el artículo 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. Y declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 0038551 de junio 10 de 2014.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a reliquidar la asignación de retiro del señor Oscar Rafael Lugo Viloría, con la inclusión del subsidio familiar como partida computable, en la cuantía establecida en el artículo 1° del Decreto 3770 de 2009.

Condenó a la entidad demandada al pago del retroactivo, producto de la diferencia que resulte a raíz del reajuste anual de la asignación de retiro, a partir del 22 de octubre de 2012, fecha en que le fue reconocida la asignación de retiro al actor.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. Y negó las demás súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, indicó el A-quo, que se encontraba demostrado que el actor había conformado un núcleo familiar, compuesto por él, su cónyuge y sus hijos – entre los que se hallaba un menor de edad – lo que llevaba a considerar que se había vulnerado al demandante su derecho a la igualdad y por tanto, se debía incluir el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro.

De igual forma anotó, que inaplicaría por inconstitucional el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que señalaba las partidas computables que debían tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, excluyendo el subsidio familiar.

⁴ Folios 99 - 109, del cuaderno de primera instancia

1.5.- El recurso⁵.

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

Manifestó, que aplicaba 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 estaba expresamente consagrada dentro del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de la asignación de retiro, para los soldados profesionales.

Señaló, 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.

También señaló, que no podían reconocerse en su totalidad las pretensiones de la demanda, por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, establecía la prescripción de las mesadas en tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles; por lo tanto, en el caso de marras, se debía declarar la prescripción del derecho, respecto de todas aquellas partidas u obligaciones a favor del demandante, que hubieren sido cobijadas con las figura de la prescripción.

⁵ Folios 112 - 117, del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, señaló, que el principio de igualdad se predica entre iguales, ya que fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del vigente decreto 4433 de 2004; 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 cuanto a la accionada le está vedado efectuar interpretaciones o hacerlas extensivas a personal, para el cual no fueron establecidas.

Y precisó, que no le correspondía efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial, aplicable a cada uno de los miembros de la Fuerza Pública.

En cuanto a la condena en costas, anotó, que en el presente asunto las pretensiones del demandante prosperaron de manera parcial, por lo que era legalmente válido exonerar a la entidad de tal condena. Y precisó, que el artículo 365 del C. G. del P., 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 3 de febrero de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada⁶.
- En proveído de 24 de febrero de 2017, se dispuso correr traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto de fondo⁷.
- La parte demandada no alegó en esta instancia procesal.

⁶ Folio 4 del Cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 11, cuaderno de segunda instancia.

- La parte demandante⁸, alegó en esta instancia procesal solicitando se confirmara el fallo de primera instancia, apoyándose en jurisprudencias de las altas cortes, sobre la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.

- El Agente fiscal⁹, por su parte, conceptuó que le asistía razón al actor en cuanto a la aplicación del principio de igualdad, para efectos de equiparar el tratamiento a los Soldados Profesionales, por un lado y a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, por el otro, respecto a la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de su asignación de retiro, si se tenía en cuenta que este trato diferenciado no se encontraba justificado.

Por lo anterior consideró, que se debía confirmar la sentencia de primera instancia.

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.

Corresponde a la Sala analizar ¿Debe incluirse el subsidio familiar, dentro de las partidas computables para la asignación de retiro a favor del demandante?

⁸ Folios 15 – 19 del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 46 - 49 del cuaderno de segunda instancia.

De ser afirmativa la respuesta ¿el derecho reclamado se halla prescrito?

¿El régimen de condena en costas es objetivo?

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

i) El subsidio de familia y su naturaleza, como factor liquidatorio a la hora de ser reconocida la asignación de retiro de los Infantes y Soldados Profesionales.

ii) De la prescripción.

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

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 los Infantes de Marina 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 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”¹⁰.

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”¹¹.

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 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.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C - 508 de 1997. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹ *Ibíd.*

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.”¹²

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).

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

¹² *Ibíd.*

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?”¹³.

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

¹³ 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 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 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 inconstitucionalidad¹⁴, 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 superior¹⁵.

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 asimiladas¹⁶.

Se resalta que la excepción de ilegalidad, *“se circunscribe entre nosotros 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.”*¹⁷, 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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.”

¹⁶ 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.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

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 la apreciaciones elevadas en apartes precedentes.

Abordando el **SUB EXAMINE**, se evidencia, a partir de la Hoja de Servicio No. 4-78709715¹⁸, de fecha julio 10 de 2012, expedida por la Armada Nacional, que el señor OSCAR RAFAEL LUGO VILORIA, ingresó a esa Fuerza Armada el 15 de enero de 1992, a efectos de prestar el servicio militar obligatorio, desde el 16 julio de 1993, hasta agosto 13 de 2003, como soldado voluntario y desde agosto 14 de 2003, hasta el 30 de mayo de 2012, fecha en que fue infante de marina profesional, siendo retirado del servicio, bajo la causal de tener derecho a una pensión¹⁹.

Mediante Resolución No. 6579 de octubre 22 de 2012, expedida por la CAJA DE RETIRTO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, se reconoció al señor OSCAR RAFAEL LUGO VILORIA, una asignación de retiro, efectiva a partir del 30 de agosto del año mencionado, en cuya liquidación, solo se contempla la asignación básica y la prima de antigüedad²⁰.

De igual manera, se avizora en la hoja de servicios, que el actor, durante su servicio activo, percibía el subsidio familiar.

Visto lo anterior, se estima que el señor OSCAR RAFAEL LUGO VILORIA, 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

¹⁸ Folio 58 – 59 del cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Folio 58 del cuaderno de primera instancia.

²⁰ Reverso folio 64 y folios 65 - 66, del cuaderno de primera instancia.

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 OSCAR RAFAEL LUGO VILORIA, 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 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 y no del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en tanto, es aquella norma la que limita la inclusión del subsidio familiar.

Ahora bien, en aras de resolver 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 la 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 hubiesen sido pagados o no por el Ministerio de Defensa Nacional estando en servicio activo, corresponde a esa entidad.

2.3.3. De la prescripción.

Frente a la prescripción, la misma no debe ser declarada probada, en tanto, la solicitud de inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, fue presentada el 4 de junio de 2014 (fls. 27 – 29) y el reconocimiento de dicha asignación se originó el 22 de octubre de 2012 (fls. 64 reverso, 65, 66), agregándose que la demanda, a su vez, fue presentada el 27 de abril de 2015 (fl. 25), luego entonces, atendiendo las reglas jurisprudenciales señaladas por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016²¹, tal fenómeno no hace su aparición.

²¹ No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01, No. Interno: 3420-2015, Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional.

2.3.4. 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.”²²

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.”²³, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código de Procedimiento Civil²⁴, el cual, no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales

²² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

²³ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

²⁴ 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 control²⁵.

3.- Condena en costas - Segunda instancia

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° y 2° 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.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera 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 6 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

²⁵ 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: 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. 0111/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA