



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**  
Sincedejo, veintiséis (26) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.  
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2014-00205-00  
Demandante: **Bernardo Enrique Burgos Delgado.**  
Demandado: **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL.**

**Tema:** Régimen Salarial Infantes De Marina Profesionales-  
Asignación De Retiro- Factores de Liquidación/  
Asignación básica mensual -Decreto 1794 de 2000/  
Subsidio Familiar- Violación Al Derecho A La Igualdad-  
Reajuste Asignación De Retiro.

**SENTENCIA N° 27**

**OBJETO DE LA DECISIÓN:**

Siguiendo la regla establecida en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

**1. ANTECEDENTES:**

**1.1. LA DEMANDA:**

**1.1.1. Partes.**

- Demandante: **BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO**, identificado con la C.C. N° 15.029.902, quien actuó a través de apoderado judicial<sup>1</sup>.
- Demandada. **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”.**

**1.1.2. Pretensiones<sup>2</sup>.**

**Primero:** Que se declare la nulidad del oficio N° 0017914 del 18 de marzo de 2014, notificado de forma personal el día 22 de marzo de la misma anualidad, proferido por el Jefe Oficina

---

<sup>1</sup> Folio 11

<sup>2</sup> Folio 2-3.

Asesora Jurídica, Dr. EVERARDO MORA POVEDA, en el cual da respuesta desfavorable a la petición radicada en esa entidad bajo N° 20329 del 27 de febrero de 2014.

**Segundo:** Se inaplique por inconstitucional e ilegal el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio constitucional a la igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 del 2004.

#### **Condenas**

**Tercero:** Condenar a la parte demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la reliquidación en la asignación de retiro de la cual es titular el actor, infante de marina retirado BERNARDO ENRIQUE, por la indebida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1; y lo establecido en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 del 2000.

**Cuarto:** Condenar a la parte demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la reliquidación sobre la asignación de retiro de la cual es titular el actor BURGOS DELGADO BERNARDO ENRIQUE, incluyéndose en la misma todos los factores salariales devengados como SUBSIDIO FAMILIAR, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIO ANUAL Y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensación devengados por el actor, los cuales no fueron tenidos en cuenta para tal efecto.

**Quinto:** Condenar a la entidad demandada, a que reajuste el valor de las mesadas de retiro, desde la fecha en que se efectuó el reconocimiento y ordenó el pago de la asignación por retiro hasta cuando se efectuó la inclusión en nómina de la asignación de retiro reliquidada.

**Sexto:** Condenar a la entidad demandada al reconocimiento, liquidación y pago de las diferencias generadas y no pagadas sobre las mesadas de retiro originadas por el nuevo valor de la asignación de retiro.

**Séptimo:** Condenar a la entidad demandada al pago de las diferencias que se generen a favor del actor por concepto de la reliquidación solicitada, debidamente indexadas con los respectivos intereses moratorios liquidados a la tasa más alta permitida por la ley, así como su incidencia en el monto de la pensión y los incrementos anuales correspondientes, de conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.

**Octavo:** Condenar a la parte demandada a que de estricto cumplimiento a la sentencia, conforme lo dispone el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**Noveno:** Condenar a la entidad demandada al pago de costas procesales en que debió incurrir el actor, conforme lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

### 1.1.3 Hechos<sup>3</sup>:

Afirma que, el infante de marina retirado BURGOS DELGADO BERNARDO ENRIQUE, ingresó a las fuerzas armadas, en calidad de soldado regular en el año 1990, luego en el año 1991 pasó a ser soldado voluntario, y en el año 2003, pasó a ser infante de marina profesional, obteniendo por cumplir con los requisitos exigidos en la ley; en virtud de lo anterior, argumenta que, le fue reconocida la asignación de retiro como soldado profesional mediante resolución N° 4018 del 30 de agosto de 2011.

Asegura que, en la liquidación de retiro efectuada se le aplicó indebidamente lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004; en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma, toda vez que incurrió en grave error en el cálculo efectuado, al aplicarse en la fórmula empleada un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% (definido en la ley) y sobre este rubro se le sacó el 70% (no definido en la ley); es decir, que a la prima de antigüedad se le aplica un doble porcentaje, causándole un grave perjuicio.

Argumenta que además de lo anterior, se le debió tener en cuenta al momento de reliquidar la asignación de retiro, TODOS LOS FACTORES SALARIALES, por él devengado en el año inmediatamente anterior al momento de retirarse, tales como el SUBSIDIO FAMILIAR, LA DOCEAVA DE LA PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA ANUAL DE SERVICIOS & PRIMA DE VACACIONES las cuales según indican las normas que rigen la materia, son factores salariales, que percibió hasta el momento de su retiro.

Explica que, para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, debió tenerse en cuenta el salario establecido en el inc. 2º del art. 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir el salario básico incrementado en un 60% y no en un 40%.

Arguye que, en virtud de lo expuesto, el 27 de febrero de 2014, fue presentado petición en la cual se solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la liquidación sobre la asignación de retiro; por la indebida aplicación de la fórmula contenida en el art. 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el art. 13.2.1.

Finalmente, indica que mediante Oficio Número 0017914 del 18 de marzo de 2014 proferido por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, respondió la petición quedando agotado el trámite administrativo ante la entidad convocada.

---

<sup>3</sup> Folios 2-3

#### 1.1.4. Disposiciones violadas:

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: Constitución Nacional artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53, 58; Ley 6ª de 1945; el artículo 4 y 10 de la Ley 4 de 1966; artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo; Ley 923 de 2004; Ley 21 de 1982; Decreto 4433 de 2004; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000; Ley de 1985; Ley 33 de 1985; Ley 812 de 2003; concepto N° 34322 emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil; Sentencia C-432 del 2004; Convenios Internacionales de la OIT; Declaración Americana de Derechos Económicos, Sociales & Culturales; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales & Culturales (Protocolo de San Salvador).

#### 1.1.5. Concepto de la violación:

Argumenta que, Colombia es un Estado Social de Derecho, el cual es una forma de organización estatal encaminada a realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional, no es admisible que el mismo estado desconozca un derecho legítimo y adquirido, como el que para el efecto ostenta el actor, consistente en que se le liquida y pague su asignación de retiro, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por él, durante el año inmediatamente anterior al adquirir su status de retirado, tal como lo ordena las normas aplicables al caso y no como lo realizó la entidad encargada de ello.

Afirma que, en el presente caso se realizó la violación directa a los artículos 13, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional. Solicita la inaplicación por inconstitucional del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004; de igual forma, argumenta sobre la violación a lo establecido en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; y de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1.

#### 1.2. ACTUACIÓN PROCESAL:

- La demanda fue presentada el 22 de agosto de 2014<sup>4</sup> ante la oficina judicial de Barranquilla, correspondiéndole por reparto al Juzgado Octavo Administrativo de Barranquilla.
- Mediante auto del 19 de septiembre de 2014<sup>5</sup> fue remitida la demanda, por competencia territorial.
- No obstante el 02 de octubre de 2014, la Oficina Judicial de Sincelejo, hace el reparto, correspondiéndole a este Despacho la demanda<sup>6</sup>.
- El 23 de octubre de 2014, se inadmite la demanda<sup>7</sup>, subsanándose los yerros el 02 de diciembre de 2014<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Folio 35

<sup>5</sup> Folio 36 – 37.

<sup>6</sup> Folio 44.

<sup>7</sup> Folio 46.

<sup>8</sup> Folios 53 - 54

- El 09 de diciembre de 2014, se admite la demanda<sup>9</sup>.
- El 26 de marzo de 2015, se requiere a la parte demandante, para que pague los gastos procesales de la demanda<sup>10</sup>.
- El 03 de junio de 2015 fue notificada la demanda a las partes.<sup>11</sup>
- La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL<sup>12</sup> contestó la demanda dentro del término conferido, proponiendo excepciones.
- A través de secretaría se corrió traslado de las excepciones propuesta<sup>13</sup>, guardando la parte silencio al respecto.
- En auto del 09 de febrero de 2016 se fijó fecha para audiencia inicial.<sup>14</sup>

### 1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>15</sup>:

La entidad demandada contestó la demanda dentro del término establecido, indicando que se opone a todos los hechos, pretensiones y condena en costas; exceptuando el hecho relacionado con el reconocimiento de la prestación; es decir, el reconocimiento de la asignación de retiro.

Argumenta que, se le reconoció asignación de retiro al infante de marina profesional retirado BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO, mediante Resolución N° 4166 del 08 de septiembre de 2011, con efectos a partir del 30 de septiembre de 2011, por haber acreditado un tiempo de servicio de 22 años, 05 meses y 1 día.

Adiciona que, el reconocimiento se efectuó conforme con las disposiciones legales contenidas en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares, de conformidad con lo los arts. 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Así mismo, trae a colación la sentencia C-387/94 sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la carta magna, en el entendido que el mencionado principio solo se predica entre iguales.

De igual forma propone las siguientes excepciones:

#### **Legalidad de las actuaciones efectuadas por la caja de retiro de las fuerzas militares-correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes:**

Indica que, desde la Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de la Fuerza Militar, hacen parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte los demás trabajadores; dicha situación actual, se encuentra contenida en el art. 217 inc. 3 superior.

---

<sup>9</sup> Folios 56 - 56v.

<sup>10</sup> Folios 63 - 63v.

<sup>11</sup> Folios 71 - 75.

<sup>12</sup> Folios 82 - 86v.

<sup>13</sup> Folio 114

<sup>14</sup> Folio 115.

<sup>15</sup> Folios 82-86v.

**Carencia fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar, la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicio anual y demás primas, bonificaciones, subsidio de auxilios y compensaciones:**

Señala que, solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 del mismo año, se le dio oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular en los Decretos 1793 y 1794 de 2000. Afirma que dicha disposición constituye entonces una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias. Además que, la norma de manera expresa establece la forma de reconocerse la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida del subsidio familiar.

**No configuración de violación al derecho a la igualdad:**

Sobre la presunta vulneración del DERECHO A LA IGUALDAD, consagrado en el art. 13 de la C.N. cita la sentencia C-387/94; agrega entonces, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que al presente caso no se ha vulnerado tal derecho; por cuanto reitera que, fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004, que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia: por lo tanto en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas.

**Prescripción**

Indica que, en caso que al actor le asistiera algún derecho con respecto a las pretensiones de la demanda, no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles; por lo tanto, en el evento en que no se acojan los planteamientos expuestos por la entidad demandada, se debe declarar la prescripción del derecho.

**No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares:**

Resalta que, las actuaciones realizadas por la entidad demandada se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falta motivación.

### 1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

**1.4.1. Parte demandante:** Visible en la audiencia inicial min 15:55-26:43; en la cual se indicó que la hoja de vida del actor está demostrado que se desempeñó como soldado voluntario; de conformidad con la normatividad aplicable el salario mínimo debe ser tomado sobre la base de 60% y no sobre el 40% como lo hizo la entidad demandada; además la misma indica que, quien a 31 de diciembre de 2000 se desempeñara como soldado voluntario para esa fecha se debía liquidar con el 60% al encontrarse en dicha institución antes de la citada norma, por lo que cobijada en su pretensión. Cito diferente jurisprudencia.

**1.4.2. Parte demandada:** Visible en la audiencia inicial min 26:51-34:43; argumenta lo mismo de lo indicado en la contestación de la demanda, agregando jurisprudencia, señala que la entidad demandada liquidó conforme la normatividad aplicable.

**1.4.3. Ministerio público:** No asistió a la audiencia inicial.

## 2. CONSIDERACIONES.

### 2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

### 2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el **oficio Nro. 0053926 del 21 de septiembre de 2013**, el cual negó la inclusión de todos los factores devengados por el actor dentro de la asignación de retiro.

### 2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Dentro del presente proceso se busca determinar, tal como se constató en la fijación del litigio, *¿Le asiste derecho a los soldados profesionales, la inclusión de otros factores diferentes al establecido en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 como partida computable al momento del reconocimiento de la asignación de retiro?*

Para desarrollar tal precepto se estudiara: (I) Régimen salarial y pensional aplicable a los infantes de marina profesionales; (II) Asignación de retiro para los soldados e infantes de marina profesionales.; (III) Prestaciones Sociales (IV) Subsidio Familiar; (V) Derecho de Igualdad y (VI) caso en Concreto.

#### **2.4. REGÍMENES SALARIALES Y PENSIONALES APLICABLES A LOS INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.**

Inicialmente se advierte que, de conformidad con el art. 216 de la Carta Política, la Fuerza Pública en nuestro País, se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional.

A su turno, de acuerdo con el art. 217 Constitucional, las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula el asunto en debate, en tanto que el actor laboró en la Armada, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

Así el régimen salarial para soldados profesionales de las fuerzas militares es el establecido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares y el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el cual estableció el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

#### **2.5. LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.**

Se concibe la asignación de retiro para los infantes de marina y soldados profesionales como aquella prestación económica pagadera mensualmente después del retiro al soldado o infante que cumpla determinados requisitos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004<sup>16</sup>, al revisar la constitucionalidad del Decreto N° 2070 de 2003, "*Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*", determinó que la asignación de retiro es de naturaleza *prestacional* y se asimila a la pensión de vejez<sup>17</sup>. Agrega que, su objetivo primordialmente es beneficiar a los integrantes de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial que mejore sus condiciones económicas por la

---

<sup>16</sup> Sentencia de 6 de mayo de 2004, Expediente D-4882, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>17</sup> Considerando que el régimen especial de las fuerzas militares solo contempla la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes.

ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

El Decreto 4433 de 2004, incorpora dentro del Régimen de Pensión y Asignación de retiro de los Miembros de la Fuerza Pública al personal de soldados e infantes de marina profesionales.

Con esta normatividad, el soldado profesional que solicite el retiro por voluntad propia o sea retirado del servicio activo por la Fuerza cuando tenga veinte (20) años de servicio, adquiere la potestad para que 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 a la fecha del retiro, 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.**

Los militares que se desempeñan como Soldados Profesionales en las distintas Fuerzas a saber: Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Aérea, devengan como contraprestación a los servicios prestados, es decir, como salario o asignación salarial, el equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente establecido por el Gobierno, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario según lo dispone el Decreto 1794 de 2000 el cual estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la fuerza pública.<sup>18</sup>

Como una manera de proteger y garantizar al militar denominado soldado voluntario que se pasó al nuevo régimen salarial, se estableció en esa misma norma que ellos devengarían un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)<sup>10</sup>.

## **2.6. PRESTACIONES SOCIALES DEL SOLDADO E INFANTE DE MARINA PROFESIONAL.**

Entendiendo como prestaciones sociales aquel dinero diferente a la asignación mensual o salario, así como aquel elemento, beneficio o servicio que por ley le está obligado al Ministerio de Defensa Nacional reconocer y hacer entrega al soldado profesional, por así disponerlo el Decreto 1794 de 2000; este, tiene derecho, entre otros, a los siguientes beneficios:

---

<sup>18</sup> Decreto 1794 de 2000, del 14 de septiembre de 2000. 10 *Ibidem*, Artículo 1.

a) Prima de antigüedad que se otorga al segundo año de labores, equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica.

Consecuentemente, se dispuso de un incremento de dicha prima de antigüedad, consistente en que por cada año de servicio adicional, se reconoce un seis punto cinco por ciento (6.5%)<sup>19</sup> más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)<sup>20</sup>.

Para proteger al soldado voluntario que no contaba con este tipo de prestación se dispuso que fueran incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les fue aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

b) Prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento (50%)<sup>21</sup> del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año, más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de julio de cada año.

c) Prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%)<sup>22</sup> del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto, es decir que se empezó a reconocer en el 2001.

De igual manera con la promulgación de este decreto el soldado profesional no solo le cancelan el valor de la prima de vacaciones sino que es deber del Comandante conceder el disfrute de las mismas por un término de treinta (30) días calendario por cada año de servicio cumplido, las cuales se distribuirán en tres períodos teniendo en cuenta el reentrenamiento y las necesidades del servicio.

d) Prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%)<sup>23</sup> del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará en el mes de diciembre de cada año.

e) Cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para

---

<sup>19</sup> Ibídem. Artículo 2

<sup>20</sup> Ibídem Artículo 2

<sup>21</sup> Ibídem Artículo 3

<sup>22</sup> Ibídem Artículo 4

<sup>23</sup> Ibídem Artículo 5

su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional, caso en el cual hoy en día son destinados a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.

Concordante con lo anterior, como quiera que hoy en día las cesantías del soldado profesional son enviadas a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, se otorgó la posibilidad que este reciba el beneficio de subsidio para la adquisición de vivienda militar conforme lo establecido en la Ley 1305 de 2009.

Pertinente resulta indicar que si bien se logró el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar, donde el Soldado Profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, se le reconoció el derecho a devengar un subsidio equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, teniendo el deber de reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente; esta prestación social fue abolida para el personal de Soldados Profesionales a través del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, el cual derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, donde se preveía ello, percibiendo hoy día este beneficio únicamente los soldados e infantes de marina profesionales que antes de la expedición del Decreto 3770 de 2009, se les había reconocido el mencionado subsidio.

## 2.7. DEL SUBSIDIO FAMILIAR

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982<sup>24</sup>, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

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

***Parágrafo.*** *Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar. (Resalta la Sala).*

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

Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia.

En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional<sup>17</sup>, quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal

---

<sup>24</sup> Por la cual se modifica el régimen de subsidio familiar y se dictan otras disposiciones. 17 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-508 de 1997. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio, al efecto, estimó:

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

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

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

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

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

## **2.8. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LOS RÉGIMENES ESPECIALES:**

La Corte Constitucional en sentencia C-229 de 30 de marzo de 2011<sup>25</sup>, se pronunció respecto al derecho a la igualdad y la aplicación de los regímenes especiales de la siguiente manera:

*“3.1 El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes<sup>26</sup>. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.*

---

<sup>25</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp.8266

<sup>26</sup> Citado: “Sobre el tema de la igualdad se ha pronunciado la Corte en múltiples sentencias, entre las cuales se pueden consultar la T-597 de 1993; C-461 de 1995; C-230 1994; C-101 de 2003 (sobre regímenes especiales).”

*No obstante, el anterior enunciado puede presentar variables que por sí mismas no hacen que una norma sea discriminatoria. Así, el legislador puede dar un trato distinto a personas que, respecto de un cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales. Así mismo, la igualdad no excluye la posibilidad de que se procure un tratamiento diferente para sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique<sup>27</sup>.*

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

*Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>28</sup>.*

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

*El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes<sup>29</sup>.*

*Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática<sup>30</sup>.*

*3.3 Para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido como metodología válida la realización de un juicio de igualdad<sup>31</sup>. Dicho juicio implica establecer cuáles son las situaciones o supuestos susceptibles de comparación con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo diferente que amerite un trato divergente. Una vez hecho lo anterior, hay que verificar si ese tratamiento obedece o no a criterios objetivos, razonables, proporcionados y que resulten acordes con una finalidad constitucional legítima. En últimas, lo que hay que establecer es si la norma objeto de control constitucional regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable. Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual<sup>32</sup>.*

*3.4. En lo que concierne a regímenes especiales, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que su existencia, per se, no desconoce el principio de igualdad<sup>26</sup>. Tales regímenes responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social<sup>27</sup> y su objetivo reside en la “protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”<sup>28</sup>. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el*

<sup>27</sup> Cita Transcrita: “Al respecto se ha pronunciado la Corte en las sentencias C-445 del 4 de octubre de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-590 del 7 de diciembre de 1995 (M.P.

Vladimiro Naranjo Mesa) y T-173 del 29 de abril de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)”

<sup>28</sup> “Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996 ”

<sup>29</sup> “Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-526 del 18 de septiembre de 1992.”

<sup>30</sup> “Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992.”

<sup>31</sup> Cita Expresa: “Pueden consultarse las sentencias C-445 de 1995, ya citada, C-598 del 20 de noviembre de 1997, C-654 del 3 de diciembre de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-888 del 22 de octubre de 2002.”

<sup>32</sup> Citado: “Sobre la estructura del derecho a la igualdad y concretamente lo relacionado con el test de razonabilidad pueden consultarse las sentencias T-230 del 13 de mayo de 1994 y C-022 de 1996, ya citada.

*legislador determinará su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P.)*

*3.5. En el marco específico de este régimen especial, la jurisprudencia ha aceptado que es posible entrar a comparar las eventuales diferencias de trato que se establecen en su interior entre dos grupos de personas: los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares<sup>29</sup>”*

*Ha justificado esta posibilidad en varias consideraciones: (i) Se trata de grupos que si bien no son idénticos si se encuentran en la misma situación de hecho; (ii) Las razones que justifican excluir a los oficiales del régimen prestacional general, son las mismas que justifican excluir a los suboficiales; (iii) Las especiales condiciones laborales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares es lo que lleva a la Constitución (artículo 217) y a la ley (artículo 279 de la Ley 100 de 1993) a ordenar al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos, sin distinguir entre oficiales o suboficiales; (iv) la regulación se efectuó mediante un solo decreto, el Decreto Ley 1211 de 1990, en el cual se contemplan varias normas que los cobijan a ambos grupos, en las que se establecen las mismas reglas y consecuencias jurídicas para oficiales y suboficiales.<sup>30</sup>”<sup>31</sup>*

Lo anteriormente expuesto indica que para poder entrar a verificar la vulneración del principio de igualdad en un caso, es necesario estimar, si los supuestos que se comparan merecen un trato igual y los diferentes merezcan un trato diferente, estableciendo la regla para determinar si los supuestos cumplen los requisitos para aplicar el test de igualdad.<sup>32</sup>

### 3. CASO EN CONCRETO:

Se encuentra acreditado que el señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO le fue reconocido por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares asignación de retiro por haber cumplido un tiempo de servicio de 22 años, 05 meses y 01 días<sup>33</sup>, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y a la hoja de servicios militares del actor<sup>34</sup>.

Dentro de la parte considerativa de la Resolución N° 4166 del 08 de septiembre de 2011<sup>35</sup> se indica que el actor vive en Unión Libre con la señora Ledis María Pérez Martínez, el cual se comprueba con la Escritura Pública de Constitución de la Unión Marital de Hecho allegada con el Expediente Administrativo, la cual tiene 3 hijos, según consta en los Registro Civil de Nacimiento aportado<sup>36</sup>.

De igual forma, en la hoja de servicios del actor<sup>37</sup> registra como haberes de la última nómina junio/2011: SUELDO BÁSICO; SUBSIDIO FAMILIAR; PRIMA DE ANTIGÜEDAD SOLDADO VOLUNTARIO/PROFESIONAL; SEGUROS DE VIDA SUBSIDIADO; BONIFICACIÓN ORDEN PÚBLICO SOLDADO PF.

---

<sup>33</sup> Folios 13 - 14 y 103v - 104.

<sup>34</sup> Folio 98.

<sup>35</sup> Folios 13 - 14 y 103v - 104.

<sup>36</sup> Folios 100 - 10.

<sup>37</sup> Folio 98.

A su vez en la mencionada hoja de servicios, se observa como partidas computables para la asignación de retiro el SUELDO BÁSICO y la PRIMA DE ANTIGÜEDAD SOLDADO VOLUNTARIO; por lo cual se considera que la asignación de retiro del actor fue liquidada conforme lo establece el artículo 13.2<sup>38</sup> del Decreto 4433 de 2004; y la norma no incluyó otro tipo de factores como pretende la parte que se incluya, máximo cuando el actor debe ser regulado conforme a las leyes y normas del régimen especial que lo cobijan.

Por lo cual no hay lugar a la inclusión de la PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIO ANUAL Y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensación devengados por el actor; en la asignación de retiro.

No obstante, lo mismo no se puede predicar del SUBSIDIO FAMILIAR, por cuanto a continuación se analizara:

### **3.2. VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD CON RESPECTO A LA NO INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR.**

El actor manifiesta que se violó su derecho a la igualdad por cuando no se incluyó el subsidio familiar como partida para liquidar la asignación de retiro, cuando a todos los demás, miembros del Ministerio de Defensa Nacional, así como a los Oficiales y Suboficiales y Policía Nacional se les tiene en cuenta.

El Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública en su artículo segundo consagra:

*“Artículo 2º. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores”.*(Negrilla propia)

Por su parte el artículo 13 de mismo Decreto expresa:

---

<sup>38</sup> “13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º 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 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.” (Negrillas y Subrayado fuera del texto)***

Con base en ello, se tiene que el actor ingresó a la Armada Nacional el 16 de septiembre de 1989 en condición de servicio militar, a partir del año 1991 fue aceptado como soldado voluntario por reunir los requisitos de ley. A partir del 1º de noviembre de 2003, por decisión de la Fuerza, el señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO, al igual que todos los soldados que venían desempeñándose como voluntarios, fueron denominados Soldados Profesionales, por lo que su vinculación con la Armada Nacional, quedó regida bajo los parámetros establecidos en los Decretos 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Además como quedó expuesto previamente, en la parte considerativa de la Resolución N° 4166 del 08 de septiembre de 2011<sup>39</sup> se indica que el actor vive en Unión libre, que tiene tres hijos, es decir, el actor antes de la expedición del Decreto 4433 de 2004 se le venía reconociendo el SUBSIDIO FAMILIAR, así las cosas en cuanto al tema de los derechos adquiridos y las meras expectativas, resulta procedente traer a colación lo sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 20 de octubre de 2011<sup>40</sup>:

*“Los derechos adquiridos están referidos a situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado por Leyes posteriores que no pueden afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Existe un derecho adquirido cuando respecto de un determinado sujeto, los hechos descritos en las premisas normativas tienen debido cumplimiento. Por oposición, son meras expectativas aquellas probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad.*

*5.1. Además, la jurisprudencia ha estimado que los derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular*

<sup>39</sup> Folios 13 - 14 y 103v - 104.

<sup>40</sup> Expediente D.8469. Actor Álvaro Diazgranados de Pablo: M.P. Jorge Iván Palacio Palacio:

*exigir el derecho en cualquier momento. En cambio, en las expectativas tales presupuestos no se han consolidado conforme a la Ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.*

*En la sentencia C-147 de 1997, la Corte diferenció los derechos adquiridos de las meras expectativas, en cuanto al ámbito de protección constitucional. Sostuvo que estas últimas reciben una protección más precaria, puesto que “la Ley nueva sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una Ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva”. Aclaró que las “expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el Legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social”.*

*El criterio de diferenciación establecido está permitido por la Constitución, ya que se trata de dar un tratamiento diferente a personas que pertenecen a categorías distintas. De un lado los pensionados, y del otro, quienes aspiran a serlo. El criterio de distinción es válido y razonable comoquiera que se establece entre quienes tienen un derecho adquirido y quienes no lo poseen, teniendo en cuenta el respeto al derecho del primer grupo mencionado.”*

Es de reiterar que para la fecha de vigencia del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, por el cual fue derogado el art. 11 de la Ley 1794 de 2000, que regulaba tal prestación especialmente para los soldados profesionales, el actor había adquirido el derecho a seguir devengándolo. En vista de ello, se encuentra probado con la hoja de servicios<sup>41</sup> que el actor durante su servicio activo percibía el subsidio familiar en cuantía de un 4% de su asignación básica por tener constituido un grupo familiar -esposa e hijos-.

Se tiene, que el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, no incluyó como partida de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales el subsidio familiar, como si lo estableció para los Oficiales y Sub Oficiales, puesto que en ese momento no tenían asignada como prestación el mencionado subsidio, como parte de su asignación salarial. Sin embargo, hay soldados que gozan de dicha prebenda por ser un derecho adquirido, como el caso del demandante.

Atendiendo el verdadero sentido del subsidio familiar, el cual es de una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos con el fin de proteger la familia, no se entiende el por qué existe un trato diferencial para los oficiales y suboficiales que gozan de un nivel salarial superior, pues se entiende que los soldados profesionales tienen más bajos ingresos; por lo que, la justificación del trato diferencial no se encuentra explícito en la norma, ni tiene un fin constitucional.

Seguidamente es de mencionar, que su sentido es contrario a los principios consagrados en la Ley 923 de 30 de diciembre 2004, norma que la preside y reglamenta “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la

---

<sup>41</sup> Folio 98 y reverso del expediente.

*fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.”*

La cual en su artículo segundo y siguiente establece:

*“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.” (Subrayado y negrilla nuestra)*

*(...)*

*ARTÍCULO 5o. LÍMITES LEGALES. Todo régimen pensional y/o de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos.”*

Si bien los oficiales y suboficiales tienen un nivel jerárquico diferente, con ocasión de su ingreso, grado de estudios y responsabilidades; estos junto con los soldados profesionales pertenecen a un solo grupo como es las Fuerzas Militares en el cual los derechos y prerrogativas para acceder al régimen pensional de asignación de retiro está regulado por una misma disposición, por lo que resulta inconsecuente el trato normativo materialmente desigual entre dichos funcionarios, teniendo en cuenta el sentido y objetivo de la prestación que se omite.

En atención a ello, se configura una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad, universalidad y consecuente desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar, demeritando a los Soldados Profesionales quienes perciben menos salario en el grupo de las Fuerzas Militares.

Por lo anterior, atendiendo el parágrafo del art. 13 del Decreto 4433 de 2004, viola el principio Constitucional de igualdad así como de los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, de allí que deberá inaplicar el parágrafo del art. 13, que impide el utilizar otros factores en la asignación de retiro, **haciendo la salvedad que en cuanto los soldados e infantes de marina profesionales que tengan como derecho adquirido el subsidio familiar, éste será una partida computable para efectos de calcular su asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, tal como tienen derecho los otros miembros de las fuerzas militares.**

De otra parte, relativo a la solicitud de reajuste, con fundamento al incremento que debía tener el salario mínimo de conformidad con el art. 1 del Decreto 1794 de 2000, es pertinente citar la norma la cual describe:

*“Artículo 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 párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengaran un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por porciento (60%).”*

Es claro de la lectura de la normativa en comento, que subsiste un trato especial de la norma a los soldados que a 31 de diciembre del año 2000, se encontraban vinculados al servicio militar, de acuerdo con la Ley 131 de 1985; esto es, como soldado voluntario, trato que tiene su fundamento en el cambio de régimen al que serían sometidos los soldados vinculados hasta ese momento.

Así las cosas, como quiera que el señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO, se encontraba en servicio activo como infante voluntario de la Armada Nacional, para el 31 de diciembre de 2000, es beneficiario de dicha prerrogativa, dado que sus supuestos encuadran con los determinados en el canon referido. Por lo que tiene derecho a que se liquide su asignación de retiro, con el salario que debió percibir en forma correcta, como asignación mensual, es decir , un (1) SMLMV más el 60% y esto es lo que debe servir como base, para liquidar la asignación antes mencionada.

Al examinar la asignación de retiro devengada por el actor para el año 2011, se advierte que el cómputo es efectuado de la siguiente forma:

Liquidación soldados profesionales 2013		
Salario Mínimo Legal Vigente		\$535.600
SMLV+40% del SMLV (Artículo 16 del D. 4433/04	140,00%	\$749.840
Porcentaje de Liquidación		70.00%
Sueldo Básico Soldados Profesionales		\$524.888
Prima de Antigüedad	38.50 %	\$288.688,4
Asignación de retiro		\$813.576,4

No obstante, la anterior forma de liquidación es desacertada en el entendido de que cada porcentaje debe ser extraído del salario básico y no de la sumatoria del salario básico más la

suma de la prima de antigüedad como en el caso ilustrado; por lo tanto, la liquidación debe efectuarse de la siguiente manera:

Liquidación soldados profesionales 2013		
SMLV		\$535.600
SMLV+60% del SMLV	160.00%	\$856.960
Porcentaje de Liquidación	70%	\$599.872
Prima de Antigüedad	38.5%	\$321.360
Total Asignación de retiro		\$921.232

En consecuencia, se desprende de lo anteriormente que, el déficit de lo recibido por el demandante, oscilaba mensualmente en la suma de \$107.655,6. Por lo tanto, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, esto es, el 70% del valor resultante de la asignación mensual del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1974 de 2000 (60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad más el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica, desde el 29 de septiembre de 2011, fecha en la cual adquirió el derecho.

En virtud de lo cual se declarará probadas parcialmente las excepciones de CARENIA FUNDAMENTO JURÍDICO PARA SOLICITAR LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR, LA PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIO ANUAL Y DEMÁS PRIMAS, BONIFICACIONES, SUBSIDIO DE AUXILIOS & COMPENSACIONES; propuestas por la entidad demandada.

No obstante en consideración a las excepciones de NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD; LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES; NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, se declararan no probadas, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Y finalmente, en cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS, se tiene que en el presente caso al actor se le reconoció asignación de retiro efectiva a partir del 29 de septiembre de 2011<sup>42</sup>; y que el 27 de febrero de 2014<sup>43</sup> fue radicó derecho de petición con el

---

<sup>42</sup> Folios 13 - 14 y 103v - 104.

<sup>43</sup> Folio 16 - 17.

fin de obtener inclusión de todos los factores en su asignación de retiro fecha en la cual se interrumpió la prescripción, por lo que es lógico afirmar que el fenómeno jurídico en comento no ha operado en el presente caso, por lo cual se declara no probada la excepción mencionada.

#### 4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De acuerdo a lo probado en el proceso y los fundamentos jurídicos relacionados, se establece que el acto acusado está viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución y la ley, por lo que se accederá a las pretensiones del actor en el siguiente punto:

Se accederá de incluir como partida de la asignación de retiro el subsidio familiar a partir del 29 de septiembre de 2011, por haberse configurado la violación al derecho de igualdad del demandante, ordenándose la inaplicación del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio Constitucional de igualdad, así como, los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, en el entendido que con respecto a los soldados e infantes de marina profesionales que tengan como derecho adquirido el subsidio familiar, éste será una partida computable para efectos de calcular su asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, tal como tienen derecho los otros miembros de las fuerzas militares.

A modo de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, esto es, el 70% del valor resultante de la asignación mensual del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1974 de 2000 (60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad más el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica, desde el 29 de septiembre de 2011, fecha en la cual adquirió el derecho según la fórmula antes indicada, esto es:  $AR = ((SM * 70\%) + (P.A. * 38.5\%)) + S.F.$ , donde AR=Asignación de retiro. SM= Salario mensual. P.A.= Prima de antigüedad. S.F.= Subsidio Familiar, considerando que el salario mensual se determinará de conformidad con lo indicado en el art. 1º inc. 2º del Decreto 1794 de 2000 y el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A.:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

La pretensión concedida, deberá ser resuelta con aplicación de lo dispuesto en los arts. 187 y 192 del C.P.A.C.A.

## 5. CONCLUSIÓN

El problema jurídico inicial es positivo, puesto que el Sr. Burgos Delgado, le asiste derecho que su asignación mensual de retiro se reliquide, teniendo en cuenta los factores antes citados, aplicando la fórmula establecida en esta providencia.

## 6. CONDENA EN COSTAS.

El art. 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del art. 365 y 366 del C.G.P. y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

## 7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## FALLA:

**PRIMERO:** Declarar no probadas las excepciones de **NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD; LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES**

**EFFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES; NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES; PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS,** propuestas por la entidad demandada, conforme lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Declarar probada parcialmente la excepción de **CARENCIA FUNDAMENTO JURÍDICO PARA SOLICITAR LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR, LA PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIO ANULA Y DEMÁS PRIMAS, BONIFICACIONES, SUBSIDIO DE AUXILIOS & COMPENSACIONES,** por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** INAPLICAR por inconstitucional e ilegal para el caso concreto, el parágrafo del artículo 13, del Decreto 4433 de 2004, en el presente asunto conforme lo dicho.

**CUARTO:** Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2014-0017914 del 18 de marzo de 2014, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, que negó el reajuste de la asignación de retiro del señor **BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO**, identificado con C.C. N° 15.029.902 de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

**QUINTO:** Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho ORDÉNESE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro del señor **BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO**, reconocida mediante Resolución N° 4166 del 08 de septiembre de 2011, que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que se arroje de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 utilizando la fórmula  $AR=(SM*70\%)+(P.A.*38.5\%)+S.F.$ , donde AR es Asignación de retiro, SM es el Salario mensual y P.A. es la Prima de antigüedad, S.F.= Subsidio Familiar, teniendo en cuenta que el salario mensual se determinara de conformidad con lo establecido en el artículo 1º inciso 2º del Decreto 1794 de 2000, desde el 29 de septiembre de 2011, fecha en la cual adquirió el derecho el demandante y el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

De la liquidación efectuada, la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho. La suma de dinero que resulte de la condena anterior, es decir las diferencias, se ajustará de acuerdo al índice de precios al consumidor tal como lo manifiesta el artículo 187 del C.P.A.C.A.:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

**SEXTO: NIÉGUESE** las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SÉPTIMO: CONDENASE** en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense.

**OCTAVO:** La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los arts. 192 y 203 del C.P.A.C.A.

**NOVENO:** En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS**  
**JUEZ**