



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Sincelejo, veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2015-000090-00
Demandante: **Silfredo Manuel Sánchez Medrano**
Demandado: **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL.**

Tema: Régimen Salarial Infantes de Marina Profesionales - Asignación de Retiro - Decreto 4433 de 2004 - Factores de Liquidación - Asignación básica mensual - Decreto 1794 de 2000 - Reajuste Asignación De Retiro.

SENTENCIA N° 06

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el art. 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. PRETENSIONES¹.

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo conformados por los Oficios N° 67436 de fecha 3 de septiembre de 2014, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y N° 72796 de fecha 18 de septiembre de 2014, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del demandante, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

¹ Folio 52 y 52v.

- “2.1. REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 13.2.1. DE LA MISMA NORMA Y EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DE 2000, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CÁLCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN POR RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR AFECTANDO DOBLEMENTE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD.
- 2.2. REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000, YA QUE SE ESTÁ TOMANDO EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO SOLO EN UN 40%, CUANDO LA NORMA ESTABLECE QUE PARA LOS SOLDADOS QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, COMO ES EL CASO DEL DEMANDANTE, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO EN UN 60%.
- 2.3. REAJUSTE POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, ENTRE ELLOS EL DEMANDANTE, CUANDO A TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL ASÍ COMO DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES Y DE POLICÍA, SE LES TIENE EN CUENTA COMO FACTOR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO RESPECTIVA.”
3. Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos.
4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.
5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.
6. Que se condene en COSTAS a la entidad demandada.

1.1.3 HECHOS².

Afirma que el Sr. SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO, ingresó a la Armada Nacional el 01 de mayo de 1992 en condición de Infante de Marina Regular. Que al terminar el servicio militar obligatorio el demandante fue aceptado como Infante de Marina voluntario de la Armada Nacional a partir del 10 de marzo de 1994 y para el mes de Diciembre del año 2000 ostentaba esta condición.

Que, como Infante voluntario la vinculación del demandante a la Armada Nacional estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Por decisión de la Armada Nacional el Demandante, al igual que todos los Infantes de Marina voluntarios, pasaron a ser denominados Infantes de Marina profesionales a partir del 14 de agosto de 2003, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004.

El Demandante estuvo vinculado a la Armada Nacional durante más de veinte (20) años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, la cual le fue reconocida mediante Resolución N° 1563 de abril 9 de 2013.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: Constitución Política: arts. 13, 25, 29, 53 y 58; legales: Ley 1437 de 2011: arts. 138 y 159 a 195 de este código, Ley 4ª de 1992 art. 10, Decreto 1793 de 2000, Decreto 1794 de 2000, Decreto 4433 de 2004.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

CON RELACIÓN AL PRIMER REAJUSTE SOLICITADO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL: Se vulneran por tanto los derechos establecidos en los arts. 25 y 53 de la Constitución Política, vulnerándose de manera flagrante por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES al realizar una liquidación equivocada y desigual de la asignación de retiro del demandante.

² Folios 14 y 15.

Se desconoce abiertamente el derecho a devengar una pensión justa y acorde con las previsiones legales cuando se dispone realizar una liquidación equivocada del monto de la asignación de retiro, sin tomar en consideración los parámetros legalmente establecidos para el efecto.

NORMAS DE RANGO LEGAL:

DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004 ART. 16, norma que establece:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Manifiesta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares viola la norma transcrita cuando decide aplicar un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro a que tiene derecho mi representado.

Es así que la Caja decide tomar el 100% del salario básico y a esta suma le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, luego le saca el 70% indicado en la norma transcrita en lugar de aplicar la fórmula en la forma como se indica allí mismo, liquidación que resulta desfavorable a mi Representado y en general a todos los Soldados Profesionales, que les hace perder una suma cercana a los cien mil pesos mensuales, que significa mucho dinero si se tiene en cuenta que la asignación de retiro apenas asciende a los setecientos mil pesos mensuales, para el año 2011.

Atendiendo los parámetros establecidos en la norma citada, es fácil concluir que para determinar el monto de la asignación de retiro se debe tomar el 70% del salario básico y a esta suma se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, lo que no ofrece ninguna confusión ni genera mayor dificultad, a pesar de lo cual se dispuso una liquidación contraria a la norma y que afecta doblemente la prima de antigüedad.

CON RELACIÓN AL SEGUNDO REAJUSTE SOLICITADO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL: Se vulneran nuevamente los derechos y principios consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991 consagrados en los artículos

citados con anterioridad, al dejar de liquidar la asignación de retiro del demandante con el salario a que realmente tenía derecho durante su etapa de actividad militar.

DE LAS NORMAS DE RANGO LEGAL:

De otra parte, el art. 38 del Decreto 1793 de 2000, regula: “Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”

El régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares fue establecido mediante el art. 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000³.

Manifiesta el demandante, que el precepto legal encontrado en la norma de transición ofrece absoluta claridad en relación con el monto de la asignación salarial a que tenía derecho el demandante durante su vinculación con la Armada Nacional y en especial sobre el salario básico que debió devengar.

Lo anterior teniendo en cuenta que, ingresó a la Armada Nacional en condición de soldado regular entre los años 1989 a 1991, se desempeñó como soldado voluntario y por tanto su vinculación estuvo regida por la Ley 131 de 1985, ostentaba esta condición a 31 de Diciembre de 2000 y fue designado como infante profesional a partir del 14 de agosto de 2003, por tanto su situación se enmarca perfectamente y sin lugar a discusiones, en los parámetros establecidos en el inc. 2º del art.1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, que no debía ser incrementado el Salario mínimo en un 40%, sino en 60% según régimen de transición.

Por lo anterior es claro y evidente que el último salario que debió devengar el Infante de Marina profesional antes de ser retirado de la Armada Nacional debía ser de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%; es precisamente sobre este salario básico sobre el cual se debe determinar el monto de la asignación de retiro del reclamante, pues resulta ilógico e ilegal que se liquide sobre un salario inferior que nunca le correspondió devengar durante su vinculación con la entidad.

CON RELACIÓN AL TERCER REAJUSTE SOLICITADO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL: Art. 13 Superior.

Es así, como se vulnera el art. 13 Superior, toda vez que sin tener en cuenta que para todos y cada uno de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, así como para el personal civil

³ “Artículo 1º: 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, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”

del Ministerio de Defensa Nacional, se tiene en cuenta al momento de efectuar la liquidación de su asignación de retiro el subsidio familiar, salvo para los soldados profesionales a quienes no se les paga, colocándoles en situación de desigualdad frente a sus compañeros y lo que es peor, sin tener en cuenta que son precisamente los soldados profesionales quienes están obligados a soportar todas las afujías, penurias y vejámenes de la guerra.

Es clara la vulneración de los principios Constitucionales a que tienen derecho los soldados profesionales toda vez que, como ya se demostró, se vulnera su Derecho a la Igualdad, también se violan sus derechos a recibir una remuneración mínima, vital y móvil, al respeto por los derechos adquiridos.

Es así que se deja de aplicar lo normado en el Régimen Salarial y Prestacional de los Soldados Profesionales con relación a la asignación salarial mensual a que tienen derecho, teniendo en cuenta que su vinculación se produjo bajo los parámetros de la Ley 131 de 1985, vulnerando su derecho a una asignación salarial justa y acorde con las funciones que ejercen, y desconociendo los principios legales que les resultan aplicables.

Los Soldados Profesionales están siendo víctimas de discriminación por parte de la entidad demandada, toda vez que deja de reconocerles los derechos tanto de rango constitucional como legal que les resultan aplicables y por esta razón está devengado una asignación salarial mensual muy inferior a la que realmente les corresponde.

De acuerdo con lo anterior resulta evidente la violación de los principios y derechos Constitucionales antes citados, razón por la cual mi representado reclama su protección.

CONTROL CONSTITUCIONAL O EXCEPCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD:

El art. 4º de la Constitución Nacional de 1991, establece: “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.”

Así mismo, la Ley 57 de 1887 en su art. 5º ordena: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.”

Adicionalmente, el art. 9º de la Ley 153 de 1887 establece: “*La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la*

Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente."

Manifiesta el demandante que, de las disposiciones normativas transcritas es claro dilucidar que la Constitución tiene una jerarquía superior a cualquier otra normativa en el ordenamiento jurídico. Lo que para el caso en particular el num. 13.2 del art. 13 del Decreto 4433 de 2004 es inconstitucional por ser contrario a lo ordenado en la Carta Política de 1991.

Indica que la Corte Constitucional en la Sentencia C-600 de 1998, frente a la figura jurídica de la Excepción de Inconstitucionalidad estableció: *"La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de sí existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso.*

Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.

La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla."

Concluye de lo anterior transcrito, no es que la norma legal comparada con la Constitución quede por fuera del ordenamiento jurídico, sino que se inaplica para el caso en específico.

Así mismo, el H. Consejo de Estado, en Sala Plena, se pronunció mediante Sentencia del 1º de Abril de 1997, con ponencia del H. Magistrado Juan de Dios Montes Hernández, con relación a la EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD en los siguientes términos:

"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."

"Puede verse con facilidad que el sistema de control constitucional por vía de excepción se amplió con el nuevo precepto, y, por lo tanto, un acto administrativo, que desde luego es norma jurídica, puede ser inaplicado si viola el estatuto constitucional, aunque haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría.

De modo que, cuando una norma inferior riñe con la Constitución, ésta tendrá preferencia, y, por consiguiente, la primera es inaplicable para el caso.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el art. 4º de la Constitución Política y de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales antes citados, se debe inaplicar por inconstitucional la norma antes referida y en su lugar se debe incluir el subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro a que tienen derecho el demandante.

Lo anterior es absolutamente claro si se tiene en cuenta que el num. 13.2 del art. 13 del Decreto 4433 de 2004 resulta contrario a lo establecido en el art. 13 de la Constitución Política, al vulnerar el derecho a la igualdad del demandante frente a los demás miembros activos y retirados del Ministerio de Defensa Nacional.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 25 de marzo de 2015⁴ ante la oficina judicial de Bogotá.
- Mediante auto del 22 de abril de 2015⁵, fue remitida la demanda por competencia territorial por el Juzgado Dieciséis Administrativo de Bogotá.
- Mediante Auto del 04 de junio de 2015⁶, se admite la demanda por este Juzgado.
- Con fecha 31 de julio de 2015 fue notificada la demanda a la parte demandada⁷.
- El 10 de septiembre de 2016, CREMIL⁸ contestó la demanda dentro del término conferido, proponiendo excepciones de fondo.
- A través de la secretaria 12 de enero de 2016, se corrió traslado de las excepciones propuesta⁹.
- En auto de fecha 29 de febrero de 2016 se fijó fecha para audiencia inicial¹⁰.
- El día 06 de julio de 2016, se llevó a cabo audiencia Inicial¹¹.
- El día 06 de julio de 2016 la parte demandante alegó de conclusión¹², haciendo lo mismo la parte accionada el 13 de julio de 2016¹³. ambos dentro del término de los 10 para alegar.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹⁴:

La entidad demandada contestó la demanda dentro del término establecido, indicando que se opone a los hechos, a las condenas a título de restablecimiento del derecho, condena en costas y agencias en derecho; Declara que aceptan los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

⁴ Folio 63.

⁵ Folio 65 y 65v.

⁶ Folio 70.

⁷ Folios 78 - 82.

⁸ Folios 87 - 91.

⁹ Folio 126.

¹⁰ Folio 128.

¹¹ Folios 133 - 135.

¹² Folios 151 - 155.

¹³ Folios 181 - 190.

¹⁴ Folios 87 - 91.

A través de su apoderado no dice que la Caja de Retiro de las FF.MM. reconoció asignación de retiro al Soldado Profesional (R) SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO, mediante Resolución N° 1563 del 09 de abril de 2013, con efectos a partir del 31 de marzo de 2011, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 08 meses y 14 días.

Adiciona que, el reconocimiento se efectuó conforme a 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 del actor, y los arts. 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990.

Por último nos revela que ante la entidad demandada, se recibió y radicó petición presentada con radicado N° 2014-67435, por el demandante mediante la cual solicitaba reconocimiento y reajuste del sesenta por ciento de los factores prestacionales de la asignación de retiro, a lo cual se dio respuesta con oficio de salida 95178 del 08 de septiembre de 2014, presentando recurso de reposición y en subsidio de apelación, por lo que mediante Oficio N° 0067435 del 03 de septiembre de 2014, se declararon improcedentes los recursos.

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:

Al respecto apunta, que desde la Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte los demás trabajadores; dicha situación actualmente, se encuentra contenida en el art. 217 inc. 3° de la Constitución Política de Colombia.

En desarrollo de tal norma constitucional, expresa que se han proferido diferentes disposiciones, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, encontrándose en la actualidad vigente el Decreto Ley 1211 de 1990 modificado en algunos apartes por el Decreto 1790 de 2000 y actualmente el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, normas de carácter especial y que priman sobre las generales.

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; y agrega que se tiene entonces, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho a la igualdad; por cuanto 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, decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia: por lo tanto en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

1.4.1. Parte demandante¹⁵:

La apoderada de la parte demandante, se ratifica sobre todos y cada uno de los hechos y pretensiones de la demanda.

Declara que de conformidad con lo establecido en el Decreto 4433 de 2004 en su art. 16 se estableció la forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales.

En ese sentido, La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al momento de la liquidación, esta aplicando un 70% a la partida de prima de antigüedad, de que trata la citada norma, transgrediendo el art. 16 del Decreto 4433 del año 2004, regla jurídica que jamás ha dispuesto que al 38.5% de la prima de antigüedad, se le aplicara el 70%, con esta operación aritmética aplicada en forma errónea, se arroja una asignación de retiro inferior, a la que legalmente le corresponde al demandante, lo cual afecta su mínimo vital.

Agrega que con fundamento en el art. 2 de la ley 923 de 2004, el legislador dejó en claro que cuando se reglamentara el régimen pensional y asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, esta, no podía desconocer el derecho a la igualdad.

1.4.2. Parte demandada¹⁶:

La apoderada de la parte demandada, se reitera sobre los mismos argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

Refuta que no se ha logrado desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado a través del cual, se rechazó la pretensión del soldado retirado SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO.

Asevera que la entidad ha aplicado el art. 16 del Decreto 4433 de 2004, tal y como está escrito la norma es suficientemente clara, por lo que no es dable desatender su tenor literal so pretexto de interpretación.

¹⁵ Folios 151 - 155.

¹⁶ Folios 181 - 190.

Solicita que el despacho, desconozca la pretensión de la parte demandante.

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 art. 155 num. 3º 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 los oficios identificados Oficios N° 67436 de fecha 3 de septiembre de 2014, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y N° 72796 de fecha 18 de septiembre de 2014, los cuales negaron el reajuste de la asignación de retiro petitionado por el demandante SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Dentro del presente proceso se busca determinar, ¿si la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, debe realizar el reajuste de la asignación de retiro en favor del demandante, por indebida aplicación de lo establecido en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el 70% de la asignación básica, incrementado en un 60%; más el 38,5% de la prima de antigüedad y el subsidio familiar?

En desarrollo del anterior planteamiento se tendrá presente el siguiente temario: (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) Marco normativo y jurisprudencial, (IV) 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 2004¹⁷, 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 vejez¹⁸. 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 ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

¹⁷ Sentencia de 6 de mayo de 2004, Expediente D-4882, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸ Considerando que el régimen especial de las fuerzas militares solo contempla la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes.

2.6. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Cambio de Categorización de Soldados Voluntarios a Soldados Profesionales - Régimen Salarial Aplicable.

La Ley 131 de 1985 por medio del cual “se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiestan su deseo al respectivo comandante de la fuerza de continuar con su prestación a la institución castrense, por un lapso no menor de doce (12) meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las Normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las fuerzas militares.

El art. 4 de la Ley en comento consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en estos términos.

“ARTICULO 4º. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto”.

Posterior a ello, el Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias concebidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Dicha reglamentación integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000 venían prestando el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985 estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

Tal precepto señaló respecto de la incorporación del personal de soldados profesionales lo siguiente:

“ARTICULO 5. SELECCIÓN. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza. En la Selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

“PARÁGRAFO: *Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será 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”.*

De las normas transcritas se advierte que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre del 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de Soldados Profesionales, siempre que así lo hubieran expresado, quedando sujetos íntegramente a lo dispuesto por el Decreto Citado.

A su turno el artículo 38 de ese mandato dispuso:

ARTICULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. *El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”.*

En efecto, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000 por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. En su art. 1 dispuso:

“ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. *Los soldados profesionales que se vinculen a las fuerzas militares devengarán un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 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, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.
Subrayado fuera de texto.

El párrafo del artículo siguiente a que se refiere la norma transcrita, es decir, el párrafo del art. 2 del Decreto 1794 de 2000 es del siguiente tenor:

“PARÁGRAFO. *Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será 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”.*

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.¹⁹

“ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”

2.7. DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.

Están garantizados en Colombia los derechos adquiridos, dentro de los cuales se encuentran por supuesto los salarios y prestaciones sociales, adquiridos legítimamente con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente en el momento en que se causaron. Tal principio consagrado desde la Carta de 1886 (art. 30) fue reiterado en la Constitución de 1991 en su art. 58.

En materia de salarios y prestaciones sociales existe además el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, si se tiene en cuenta que el art. 53 de la Constitución, para proteger el trabajo y al trabajador dispuso que el Congreso de la República debía expedir un estatuto que contuviera entre otros los siguientes principios fundamentales:

- a) Igualdad de oportunidades para los trabajadores.
- b) Remuneración Mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

¹⁹ Decreto 1794 de 2000, del 14 de septiembre de 2000. 10 Ibídem, Artículo 1.

- c) Estabilidad en el Empleo.
- d) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.
- e) Facultades para transigir y conciliar sobre los derechos inciertos y discutibles.
- f) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.
- g) Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.
- h) Garantía a la Seguridad Social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario.
- i) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
- j) El derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Así mismo previó que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, y por si fuera poco, la misma disposición estableció que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

Es cierto que el estatuto del trabajo aún no ha sido expedido por el Congreso pero ello no significa que los principios contenidos en el art. 53 no sean aplicables de manera directa.

La Corte Constitucional se ha referido infinidad de veces a los derechos adquiridos, a su concepto, a su diferenciación con las expectativas de derecho, para el caso es dable traer a colación la sentencia C-177 de 2005, en la que dijo:

“La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquellos hace parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad, considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. (Sentencia del 2 de marzo de 1918).

Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la Ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el Legislador.

“Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio constituyente para el cumplimiento de su función.

“Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo, en el momento de reunir la condición faltante.

En conclusión el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general carece de relevancia jurídica y, consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada condición más beneficiosa.”

Posteriormente en sentencia T-329 de 2012 la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

“...Según se explicó claramente en las sentencias C-168 de 1995, C- 789 de 2002 y C-177 de 2005, en materia laboral y pensional deben respetarse en todo caso los derechos adquiridos. A lo largo de esta línea jurisprudencial uniforme, la Corte ha decidido que, en principio, los cambios en la ley laboral se aplican a las relaciones de trabajo vigentes, independientemente de si son favorables o desfavorables para los intereses del trabajador no tenga ya un derecho adquirido a que se aplique la anterior normatividad, por cuanto ya había reunido los requisitos necesarios para poder acceder al derecho cuya reglamentación fue modificada; en la misma medida, la Corte ha establecido que cuando un trabajador ya cumplió con los requisitos necesarios para poder acceder a un derecho, las nuevas leyes laborales que modifiquen los requisitos para acceder a un derecho no le pueden ser aplicados. En este caso, entonces, se prohíbe la retroactividad de la Ley laboral, por cuanto el trabajador tendría ya un derecho adquirido a acceder a ese derecho de acuerdo con los requisitos del pasado.

Así, en la sentencia C-789 de 2002 la Corte reiteró sus pronunciamientos acerca de la diferencia entre los conceptos de derechos adquiridos y de expectativas legítimas en materia pensional.

“En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, sino se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”.

De esta manera, en la sentencia se concluyó que *“en relación con las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que le permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares”.*

En esta misma línea, en la sentencia C-781 de 20013 la Corte corroboró su jurisprudencia a cerca de la diferencia entre los derechos adquiridos y las meras expectativas y recalcó que el legislador está autorizado para modificar las normas laborales, “sin más límites que los que le imponga la misma constitución y los derechos fundamentales de las personas”.

“(...) el artículo 53 del Ordenamiento Superior Dispone que la Ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores. Y en el mismo sentido se orienta el artículo 58 ibídem al señalar que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. De modo que una vez se ha consumado la situación jurídica e individual, y constituido así el derecho concreto, los derechos laborales entran al patrimonio de la persona y son intangibles frente a la nueva legislación.

“Sobre la intangibilidad de los derechos adquiridos la Corte ha expresado:

‘Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes’ (subrayado fuera de texto).

2.8. VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD CON RESPECTO A LA NO INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR.

FRENTE AL CONCEPTO DE IGUALDAD.

En atención al derecho constitucional de igualdad es necesario realizar un análisis de fondo frente a este fundamental, con el fin de evitar la transgresión del mismo, para lo cual es necesario dar aplicación a las herramientas, con el fin de poder establecer cuáles son los criterios relevantes para establecer un trato desigual. Para tal fin la H. Corte Constitucional en la sentencia C-022 de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, indicó la metodología con el fin de poder establecer un trato desigual, para ello estableció que:

“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 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”.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y conforme a lo expresado por el Tribunal Administrativo de Sucre y siendo esta corporación nuestro superior jerárquico, y existiendo precedente jurisprudencial sobre la materia, en el cual hizo el estudio del test de razonabilidad, teniendo en cuenta el derecho de igualdad, y en el que expreso lo siguiente:

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

Por lo tanto, este Tribunal debe definir, si la desigualdad mencionada, es justificable, en la medida del principio de proporcionalidad, profiriéndose al respecto, una decisión en sentido negativo, toda vez, que como fue expuesto en acápites precedentes, el subsidio familiar ha sido reconocido a la largo de la historia legislativa, como un beneficio a los sectores más pobres de la población, prevalentes en núcleos sociales de especial sujeción, donde se observa, que el trato diferenciado de los oficiales-suboficiales y los soldados profesionales, no contiene una finalidad u objeto constitucional razonable, al encontrar que estos últimos son a quienes, en primera medida, debería ser dirigida la prestación social en comento, no encontrando razón alguna, para que se excluya este emolumento, como factor liquidatorio de la asignación de retiro de los mencionados soldados profesionales.”²⁰

De acuerdo con lo anterior, los Oficiales, Sub-Oficiales y Soldados Profesionales constituyen grupos jurídicamente diferenciados, los cuales, si bien es cierto que predicen un factor común y es que están integradas por miembros de la Fuerza Pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos, pero desde el punto de visto funcional.

²⁰ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL, Sincelejo, siete (7) de noviembre de dos mil trece (2013), Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.

Por lo tanto, debe precisarse que la norma no es razonable, al no ir dirigida la prestación social a los soldados profesionales, ya que al desconocerle el derecho, teniendo en cuenta el fin u objeto del subsidio familiar, el cual es compensar los salarios más bajos con los más altos, por lo que no existe razón alguna para que se excluyan esta partida a los soldados profesionales, cuando sin mayor esfuerzo mental es sabido que en la escala salarial de la Fuerza Militar, son los que menos perciben, en otras palabras, como lo expreso el Tribunal en la sentencia en cita de la siguiente manera: “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”, por lo que debe tomarse como partida de liquidación de la asignación de retiro.

FRENTE A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es una prerrogativa otorgada a los Jueces y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan dejar de aplicar una norma, porque se considera inconstitucional, consagrado en el art. 4° de la C.P., ahora para que esta opere es necesario que se observe una flagrante oposición entre las normas constitucionales y la norma cuya inaplicación por esta vía se pretende, así lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:

“La excepción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de control establecidos para garantizar la supremacía de la Constitución, cuyo fundamento deviene del artículo 4º superior y faculta a todas las autoridades administrativas y judiciales para que, en la resolución de una situación particular y concreta, inapliquen una disposición legal o reglamentaria por ser contraria a la Constitución. La Corte Constitucional estableció que para inaplicar las normas contrarias a la Carta Política, se debe verificar que el contenido de la disposición sobre la que se predica la inconstitucionalidad sea evidentemente contrario a la Constitución. De tal manera que, el concepto de incompatibilidad es elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, quien está llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. En este sentido, valiéndose del significado del vocablo incompatibilidad, la Corte ha dicho que son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe”²¹

De esta forma y en aplicación del precedente jurisprudencial de Nuestro Tribunal Administrativo de Sucre²², donde se manifestó que frente a los casos de soldados profesionales, como el asunto a tratar, debe de inaplicarse el Decreto 4433 de 2004, y tener como componente para la liquidación de la asignación de retiro el Subsidio Familiar.

²¹ Sección Cuarta, Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00072-01(17719) del Quince (15) de marzo de dos mil doce (2012). C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

²² *Ibidem*.

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 inconstitucionalidad¹⁷, se erige como un mecanismo judicial viable para inaplicar una norma, que va en detrimento de la constitución, cuando aún no se ha detentado un juicio de constitucionalidad abstracto sobre la primera, ejecutándose, por ende, un control concreto de la disposición objeto de reparo, en cabeza de todos los jueces de la república, por mandato expreso del artículo 4 superior.

Teniendo en cuenta que en caso de conflicto entre la Constitución y la Ley u otra norma, debe darse aplicación a los preceptos constitucionales, más aún cuando se tiene conocimiento el objeto y fin del subsidio familiar, como lo ha expresado la sentencia de la Corte Constitucional que párrafos anteriormente se han citado.

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 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 2º 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 y 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.

3. CASO EN CONCRETO.

Se encuentra acreditado que el señor SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO, estuvo vinculado a la Armada Nacional, hasta el día 30 de marzo de 2013, con un total de tiempo de servicio de 20 años 08 meses y 14 días.

Que el Infante de Marina Profesional, ingresó como voluntario²³, por la transición normativa se respetan sus derechos, durante el tiempo en que estuvo activo recibió el Subsidio Familiar, por mandato legal, en la Ley 1794 de 2000 en su art. 11²⁴, incluso antes de su efectiva baja, esto es, el 30 de marzo de 2013, como se deja entrever en su hoja de vida²⁵, el cual, no se le reconoció en su asignación de retiro como partida computable, equivalente a un 4%.

En atención a lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y a la hoja de servicios militares del actor, a través de la Resolución N° 1563 del 09 de abril de 2013, le reconoció al demandante asignación de retiro a partir del 30 de marzo de 2013.

Que se encuentra viviendo en unión libre con la Sra. Luz Mariela Feria Oquendo, conforme a lo que se observa del acto administrativo que le reconoció la asignación de Retiro, y además de la Declaración Extraprocesal de Unión Marital de Hecho allegado con el expediente administrativo²⁶, así como también de los dos hijos reconocidos en dicho acto de reconocimiento expedido por CREMIL, así como de los certificados de nacimiento aportados con el expediente administrativo²⁷.

²³ Fl. 49

²⁴ ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.

²⁵ Fl. 46, allegado por el demandante y folio 93, documento allegado por la entidad demandada.

²⁶ Fl. 94v

²⁷ Fls. 95 - 95v.

Para dicho reconocimiento la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, aplicó el art. 16 del Decreto 4433 de 2004 “...asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, **adicionado** con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad...”, sin embargo, al efectuar la liquidación de la asignación de retiro del señor SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO, sumó el salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad y al resultado le contabilizó el 70%, conforme se explica en el documento aportado por la entidad demandada junto con la Hoja de vida del demandante, y en la cual se observa claramente la operación descrita. Así:

$$AR = 70\% ((SM) + 38,5\% (PA))$$

$$AR = 70\% ((SMMLV * 1.4) + 38,5\% (\$504.504))$$

$$AR = 70\% ((\$616,000 * 1.4) + (\$194.234,04))$$

$$AR = 70\% ((\$862.400) + (\$194.234,04))$$

$$AR = 70\% (\$1'056.634,04)$$

$$AR = \$739.643,04$$

Lo que para el caso en concreto, esta explicación dada sería de la siguiente manera:

| Liquidación soldados profesionales 2013 | | |
|---|---------|---------------|
| Salario Mínimo Legal Vigente | | \$589.500 |
| SMLV+40% del S.M.L.M.V. (art. 16 del D. 4433/04 | 140,00% | |
| Sueldo Básico Soldados Profesionales | | \$825.300 |
| Prima de Antigüedad | 38.50 % | \$317.740,5 |
| Sumatoria Sueldo Básico + Prima de Antigüedad | | \$1'143.040,5 |
| Porcentaje de Liquidación | 70% | |
| Asignación de Retiro | | \$800.128,35 |

Siendo la inconformidad de la parte actora la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al art. 16 del Decreto 4433 de 2004, pues el valor de la prima de antigüedad no debe sumarse con el salario mensual, sino al resultado obtenido de sacar el 70 % de dicho salario así: $AR = ((SM * 70\%) + (PA * 38.5\%))$.

Para este Despacho, el art. 16 del Decreto 4433 de 2004, establece que la asignación mensual de retiro equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. de la misma norma, **adicionado** con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo interpretó la entidad, de donde entonces se le causó una afectación a los derechos del señor SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO. En consecuencia debe liquidarse dicha asignación de retiro bajo los

siguientes parámetros: $AR = ((SM * 70\%) + (PA * 38.5\%))$, donde AR=Asignación de retiro. SM= Salario mensual. PA= Prima de antigüedad.

| Liquidación soldados profesionales 2013 | | |
|---|---------|-------------|
| SMLV | | \$589.500 |
| SMLV+40% del SMLV | 160.00% | \$943.200 |
| Porcentaje de Liquidación | 70% | \$660.240 |
| Prima de Antigüedad | 38.5% | \$363.132 |
| Total Asignación de retiro | | \$1'023.372 |

En consecuencia, se desprende de lo anteriormente advertido, que existe un déficit de lo recibido por el demandante, que oscilaba mensualmente para el año 2013, en la suma de \$223.243,65. Por lo anterior se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, que no es otra que: $AR = ((SM * 70\%) + (PA * 38.5\%))$, donde AR=Asignación de retiro. SM= Salario mensual. PA= Prima de antigüedad, desde el 30 de marzo de 2013, fecha en la cual adquirió el derecho el demandante.

En esas condiciones, el despacho declarará la nulidad del acto administrativo acusado y ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizar el reajuste de la asignación de retiro del señor - SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO, atendiendo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 aplicando la fórmula $AR = ((SM * 70\%) + (PA * 38.5\%))$, donde AR es Asignación de retiro, SM es el Salario mensual y PA es la Prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el salario mensual se determina de conformidad con lo establecido en el artículo 1º inciso 2º del Decreto 1794 de 2000.

“ARTICULO 1. ASIGNACION 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, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”

Frente al subsidio familiar, se debe tener en cuenta que se accederá a incluir como partida de la asignación de retiro el subsidio familiar a partir del 30 de marzo de 2013, por haberse configurado la violación al derecho de igualdad del demandante, ordenándose la inaplicación del párrafo del art. 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio Constitucional de igualdad, así como, los principios rectores consagrados en la Ley 1794 de 1985 y Ley 923 de

2004²⁸, 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.

Por lo anterior, se declararan no probadas las excepciones de LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES; CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACION DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, propuestas por la parte demandada, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Y finalmente, en cuanto a la excepción de **PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS**, a pesar de no haberse solicitado por la parte demandada, esta Unidad Judicial la estudiara de Oficio, se tiene que en el presente caso, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante acto administrativo número 1563 de fecha 09 de abril de 2013, le reconoció al actor asignación de retiro efectiva a partir del 30 de marzo de 2013²⁹; y que el 20 de agosto de 2014³⁰ el demandante radicó derecho de petición con el fin de obtener el reajuste de 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, ya que no han transcurrido los cuatro años de la prescripción de los derechos salariales. 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, este Despacho 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:

Por lo anterior y a modo de restablecimiento del derecho se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor, desde el 30 de marzo de 2013, fecha en la cual adquirió el derecho el demandante, teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente

²⁸ "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."

²⁹ Fls. 02 - 3v - aportada por el demandante y folio 97v - 99 aportada por la demandada.

³⁰ Folio 4 y 7, aportado por la parte demandante y folios 103v - 107, aportado con el expediente administrativo.

fallo, esto es: $AR = ((SM * 70\%) + (PA * 38.5\%))$, donde AR=Asignación de retiro. SM= Salario mensual. PA= Prima de antigüedad., considerando que el salario mensual se determinara de conformidad con lo indicado en el artículo 1º inciso 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.

Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos del art. 192 del C.P.A.C.A. y la misma devengará intereses en los términos consagrados en el art. 195 Ibídem.

5. CONCLUSIÓN

El problema jurídico inicial es positivo, puesto que CREMIL, al momento de liquidar la asignación de retiro del Sr. SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO, lo hizo teniendo una interpretación errónea del art. 16 del Decreto 4433 de 2004, por lo que deberá reliquidar dicha prestación según lo aquí establecido.

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 regirán 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 arts. 365 y 366 del C.G.P., conforme a los

parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

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: DECLÁRESE no probadas las excepciones de LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES; propuestas por la entidad demandada, conforme lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio identificado con el N°. 0067436 del 03 de septiembre de 2014 y el Oficio N° 0072796 del 18 de septiembre de 2014, expedidos por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”, que negó el reajuste de la asignación de retiro del señor **SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO**, identificado con C.C. N° 98.596.385 de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: 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 y pagar la diferencia en la asignación mensual de retiro del señor **SILFREDO MANUEL SÁNCHEZ MEDRANO**, reconocida mediante Resolución N° 1563 del 09 de abril de 2013, que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que se arroje de aplicar el art. 16 del Decreto 4433 de 2004 utilizando la fórmula $AR=(SM*70\%)+(PA*38.5\%)$, donde AR es Asignación de retiro, SM es el Salario mensual y PA es la Prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el salario mensual se determina de conformidad con lo establecido en el artículo 1º inciso 2º del Decreto 1794 de 2000, desde el 30 de marzo de 2013, fecha en la cual adquirió el derecho el demandante.

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.

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

QUINTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense conforme los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

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

SÉPTIMO: 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 PEREZ MANJARRÉS
JUEZ**