



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D.T. y C., dos (02) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN	13-001-3333-008-2015-00002-00
DEMANDANTE	ALVARO LERMA DIAZ
DEMANDADO	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor ALVARO LERMA DIAZ, a través de apoderado contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSION

Teniendo en cuenta lo anterior se fijan como pretensiones del litigio las siguientes:

PRIMERO: Que se condene a la demandada al Reconocimiento, Liquidación y Pago de la Reliquidación en la Asignación de Retiro de la cual es titular mi poderdante infante de marina retirado LERMA DÍAZ, ALVARO, por la indebida aplicación de la formula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 ibídem, y lo establecido en el Inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 del 2000.

SEGUNDO: Que se condene a la parte demandada al Reconocimiento, Liquidación y Pago de la Reliquidación sobre la Asignación de Retiro de la cual es titular el demandante LERMA DIAZ ALVARO incluyéndose en la misma todos los factores salariales devengados por él, al momento de su retiro tales como son: EL SUBSIDIO FAMILIAR, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIO ANUAL y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensaciones devengados por mi mandante, los cuales no fueron tenidos en cuenta para tal efecto.

TERCERO: Que se condene a la entidad demandada a que, reajuste el valor de la mesadas de retiro, desde la fecha en que se efectuó su reconocimiento y ordenó el pago de la asignación por retiro hasta cuando se efectúe la inclusión en nómina de la asignación de retiro reliquidada.

CUARTO: Que se condene 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.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

QUINTO: Que se condene a la entidad demandada al pago de las diferencias que se generen a favor de la pensionada 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

SEXTO: Que se condene a la parte demandada a que de estricto cumplimiento a la sentencia, conforme lo dispone el artículo 192 "C.P.A.C.A"

SÉPTIMO: Que se condene a la demandada al pago de las costas procesales en que debió incurrir mi poderdante, conforme a lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

HECHOS

Se resumen de la siguiente manera:

1. Mi mandante, el infante de marina retirado LERMA DIAZ, ALVARO, ingreso a las Fuerzas Armadas en calidad de soldado regular en el año de 1990, luego en el año de 1991 paso a ser soldado voluntario, y en el año 2003, paso a ser infante de marina profesional, prestando sus servicios por última vez en el BATALLON DE FUERZAS ESPECIALES DE I.M, ubicado en la ciudad de CARTAGENA-BOLIVAR. Por cumplir con los requisitos exigidos en la ley, a mi mandante se le reconoció asignación de retiro a través de resolución No. 5137 del 18 de octubre del 2011.

2. En la liquidación de retiro efectuada a mi poderdante se le aplicó indebidamente lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma, toda vez que, se incurrió en un 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 antigüedad le aplicó un doble porcentaje, causándosele un grave perjuicio a mi mandante, por indebida aplicación de la norma antes mencionada, veamos;

Sueldo Básico	\$749.840,00
38.50% Prima de Antigüedad	\$288.688,40
Sumatoria del sueldo Básico más la Prima de Antigüedad.	\$1.038.528,40
Asignación de Retiro 70%	\$726.970

3. Pues bien, la formula correcta atendiendo la norma, es la siguiente:



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Sueldo Básico 70%	\$825.300,00*70%=
38.50% Prima de Antigüedad	\$288.688,40
Sumatoria del 70% sueldo Básico más la Prima de	\$866.398.40
Asignación de Retiro	\$866.398.40

4. Además de lo anterior, a mi mandante se le debió tener en cuenta al momento de reliquidar la asignación de retiro, TODOS LOS FACTORES SALARIALES por él devengados en el año inmediatamente anterior al momento de este retirarse, tales como el SUBSIDIO FAMILIAR, LA DOCEAVA DE LA PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA ANUAL DE SERVICIOS, Y PRIMA DE VACACIONES las cuales según indican las normas que rigen la materia, son factores salariales, que mi mandante percibió hasta el momento de su retiro, consolidadas por ello como un derecho adquirido que forma parte de su salario.

5. En el mismo sentido, a mi mandante para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, debió tenerse en cuenta el salario establecido en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 del 2000, es decir el salario básico incrementado en un 60% y no en un 40% como por interpretación y aplicación errónea de la norma se hizo; a saber:

Sueldo Básico	\$ 825.30092
1/12 PRIMA DE SERVICIO	\$ 34.387ee
1/12 PRIMA DE VACACIONES	\$ 74.62022
1/12 PRIMA DE NAVIDAD	\$ 74.62022
SUBSIDIO FAMILIAR	\$ 515.81222
Salario Base de Liquidación	\$1'524.73922
70% Salario Base de	\$1'067.31722
38.50% Prima de Antigüedad	\$ 288.68822
ASIGNACION DE RETIRO	\$1'356.00522

6. En vista de lo anterior, el día 26 de Septiembre del año 2014, se presentó petición en la cual solicitaba el reconocimiento, liquidación y pago de la liquidación sobre la Asignación de Retiro de la cual es titular mi poderdante infante de marina LERMA DIAZ, ALVARO , por la indebida aplicación de la formula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo ídem, incluyéndose en el salario base de liquidación el Subsidio Familiar, la Prima de Navidad y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensaciones devengados por mi mandante al momento de su retiro.

7. Mediante Oficio Número 0091253 de fecha 28 de noviembre del 2014, notificado el 3 de diciembre de la misma anualidad, proferido por el jefe Oficina Asesora (sic) de jurídica doctor EVERARDO MORA POVEDA, la demandada da respuesta desfavorable a la petición radicada en nombre de LERMA DIAZ, ALVARO, negando lo pedido por quien aquí demanda. Quedando de esta forma agotando el trámite administrativo ante la entidad convocada.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

NORMATIVIDAD VIOLADA Y CONCEPTO DE VIOLACION

La violación a los cánones constitucionales en mención se configura en el acto administrativo demandado, en tanto en su parte considerativas como en la resolutive, se desconoce el derecho legítimo que tiene mi mandante de percibir su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por él, durante el año inmediatamente anterior al de adquirir sus status pensional, quebrantando sin duda alguna los mandatos constitucionales que contempla el respecto a los derechos adquiridos en legal forma. Lo anterior, sin duda alguna es una violación y un desconocimiento de los derechos constitucionales de mi mandante, en cuanto con la decisión tomada por la administración se afecta el mínimo vital de mi mandante, además que desconoce la realidad sobre la meras formalidades.

En lo atinente a la nulidad del acto administrativo por violación al principio de igualdad, es menester manifestar lo siguiente: es bien conocido que el derecho a la igualdad tiene diferentes connotaciones en nuestro ordenamiento jurídico, pues este es, tanto un principio, un valor y un derecho de todos los ciudadanos.

Entonces, el derecho a la igualdad 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 diferentes². 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.

En el caso *sub-examine*, la vulneración a este mandato se concreta en el hecho palpable de que a mi mandante no se le haya tenido en cuenta al momento de liquidar su asignación de retiro, prestaciones que este devengó tales como el subsidio familiar, Duodécima parte de las primas de navidad de servicio anual de vacaciones y demás prestaciones sociales, bonificaciones y prebendas que constituían salario; situación está que no encuentra soporte jurídico alguno, siendo contraria al mandato constitucional en comento, que acarrea como consecuencia que frente a esta actuación se inaplique por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del decreto 4433 del 2004.

El trabajo al ser considerado como una obligación social que goza de especial protección del Estado. Puesto que así lo estableció el Constituyente de 1991, es entonces, claro y siguiendo esa línea de pensamiento, por lo que el mismo constituyente primario consagró desde el Preámbulo de la Carta el deber del Estado de asegurar a sus integrantes *la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad*, así como el *conocimiento, la libertad y la paz*, valores que fueron refrendados en el artículo 1 de la Constitución, al disponer que Colombia como Estado social de derecho se funda en el *respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*. La especial protección del trabajo se consagra en la Carta de 1991, en su artículo 25, al disponer que no sólo se trate de un derecho sino de un deber que debe ser garantizado a todas las personas en condiciones *dignas y*



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

justas. Para completar esa especial protección, se señalaron por el Constituyente unos principios mínimos fundamentales que han de ser observados, entre los cuales se encuentran la igualdad de oportunidades laborales, y una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

La demandada vulnera este derecho de primera generación al no garantizar el derecho de mi mandante a un trabajo justo, y no es justo, porque a mi mandante no se le brido el mínimo de garantías laborales que se encuentra estatuidas en el ordenamiento jurídico, tales como: seguridad social para él y su familiares, subsidio familiar y demás prestaciones sociales que se les otorgan a todos los trabajadores de Colombia y del mundo

II. CONTESTACIÓN

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

Al respecto, es del caso señalar que desde la misma 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 todos los demás trabajadores; dicha situación actualmente, se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de nuestra carta magna, el cual reza:

"La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que le es propio."

En desarrollo del anterior precepto constitucional, se han proferido diferentes disposiciones legales, por los cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 1211 de 1990 y Decreto 2070 de 2003, encontrándose en la actualidad vigente el Decreto Ley 1211 de 1990 modificado en algunos apartes por el Decreto Ley 1790 de 2000 y actualmente vigente el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, normas estas de carácter especial que priman sobre las generales.

Ahora bien, es importante resaltar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de Oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de una HOJA DE SERVICIOS, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, para fines prestacionales; documento que se constituye en la pieza idónea e indispensable



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Entidad y en los términos del artículo 234 y 235 del Decreto ley 1211 de 1990, se menciona:

"Artículo 234. El reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, *se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa.*" (s. f. t)

Igualmente el artículo 235 del citado estatuto, reza:

"La Hoja de servicios será elaborada de acuerdo con Reglamentación del Ministerio de Defensa Nacional y expedida por el Jefe de Personal, con aprobación del respectivo Comandante de la Fuerza."

Es así, que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja; por lo tanto la Entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de la correspondiente prestación.

Teniendo en cuenta lo anterior y frente al caso en comento, tenemos que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, se encuentran las PARTIDAS COMPUTABLES PRESTACIONES UNITARIAS, donde se enuncian el Sueldo Básico y la Prima de Antigüedad; sueldo básico que de conformidad con lo claramente dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se incrementará en un 40%.

Del anterior aparte de la norma se puede deducir claramente que por disposición legal, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, que habla solamente del incremento del 40%, no obstante el demandante insiste en que se aplique el inciso segundo, que habla de un porcentaje diferente, contrariando explícitamente la disposición normativa enunciada

LAS PRUEBAS

1. Resolución No. 5137 del 18 de Octubre del 2011, por medio de la cual se reconoce una Asignación de Retiro a mi mandante.
2. Fotocopia del Derecho de Petición radicado en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el día 26 de septiembre del 2014.
3. Proyección de Asignación de Liquidación de la Asignación de Retiro.
4. Fotocopia del Concepto emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil No. 34332.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

5. Certificaciones del infante en donde consta el último lugar de trabajo y la unidad.

III. ALEGATOS DE CONCLUSION

DEMANDANTE: expresados en audiencia.

DEMANDADO: dictados en audiencia.

MINISTERIO PÚBLICO: se abstuvo de rendir concepto.

V. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO: ¿ Se debe ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, efectuar reajuste de la Asignación de Retiro, teniendo en cuenta la inclusión de los factores salariales como prima de Subsidio Familiar, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones y Prima de Servicio Anual que devengó el actor, siendo miembro activo de las fuerzas militares.?

TESIS DEL DESPACHO

La excepción de inconstitucionalidad es una prerrogativa otorgada a los jueces y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan entrar a dejar de aplicar una norma porque se considera inconstitucional, consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política, 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; que en este caso no se observa, por lo tanto no hay lugar a declararla.

Con respecto al subsidio familiar este despacho considera que en supuestos fácticos como el que se le pone de presente al despacho, no hay una razón objetiva, suficiente y clara que justifique el trato diferencial entre la inclusión como factor computable para la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y la no inclusión del mismo a los Soldados Profesionales, máxime cuando fue devengada por el actor.

En relación a las demás prestaciones sociales y pretensiones reclamadas por el accionante para ser tenidas en cuenta al momento de la liquidación de la asignación de retiro, debe dejarse claro que esta judicatura no encuentra viable dicha solicitud al estar claramente determinado mediante el decreto 4433 del 2004 el régimen de prestaciones sociales de los soldados profesionales pertenecientes a las fuerzas militares.

A las conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

ANTECEDENTES NORMATIVOS

El Legislador, a través de la expedición de la Ley 923 de 2004, señaló 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. Es así como en el artículo 2º de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

*“Artículo 2º. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:*

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal”. (Resalta el despacho)



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Como desarrollo de la ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", cuyos destinatarios son 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 a los Soldados de las Fuerzas Militares.

Dentro del decreto en mención, específicamente en el artículo 3, se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados sentados por el constituyente derivado en la Ley 923 de 2004, veamos:

"Artículo 3°. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad".

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, deben estar orientadas por los principios reseñados ut supra, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad, y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera puntual a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables; el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16, estipuló:

"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.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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.

(...)

Así entonces, vemos como para los miembros de las Fuerzas Militares que ostentan la calidad de soldados profesionales, no se les incluye como partida computable, el subsidio familiar y otras prestaciones sociales, a contrario sensu, de lo que acontece con los oficiales y suboficiales pertenecientes a las mismas fuerzas del orden.

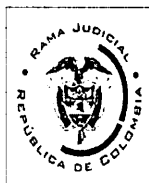
EL SUBSIDIO FAMILIAR EN LAS FUERZAS MILITARES.

Sobre el tema del subsidio familiar de los miembros de las Fuerzas Militares, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en diversos proveídos, de los cuales se destaca el siguiente:

En sentencia calendada 22 de febrero de 2007, esbozó:

“Según definición dada por el legislador (artículo 1° de la ley 21 de 1982), y que ahora adopta esta Sala, el “Subsidio Familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos 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”. Se trata entonces de una prestación o partida cuya finalidad es la de ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas - cónyuge o compañera (o) e hijos - que se encuentran a su cargo, y en consideración a los ingresos del primero. En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el legislador¹, como una forma de subvención, de ayuda o de auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales en servicio activo, casados o viudos con hijos, en donde se les asigna, por cada uno de estos miembros familiares, un determinado porcentaje sobre su asignación básica.

¹ Obsérvense entre otros, los Decretos 3220 de 1953, 501 de 1955, 0325 de 1959, la Ley 126 de 1959 y los Decretos 23337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984 y 095 de 1989.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Al respecto, el Decreto 1211 de junio 8 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 79, dispone:

"Art. 79. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO 1. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, debe hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación."

Como puede observarse, el reconocimiento y pago del subsidio familiar, en los precisos términos concebidos en las disposiciones anteriores, no se hallaba supeditado a que los miembros de las Fuerzas Militares estuviesen clasificados o escalafonados en un grado determinado, esto es, como Oficial o Suboficial, pues el legislador no hace - por lo menos hasta ese momento - distinción alguna entre su personal para tales efectos, como tampoco establece un límite en el quantum salarial - sueldo básico - para proceder a su liquidación mensual²".

Pues bien, de las cita jurisprudencial antecedente, se logra magnificar la importancia que reviste el subsidio familiar como prestación social encaminada a mejorar las condiciones de vida de las familias de los empleados que reciben ingresos clasificados en los rangos medianos y bajos, esto con el fin de proteger a la familia, institución vital dentro del engranaje social.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA sentencia del 22 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-08031-01(1282-06) Actor: LUIS CARLOS ORDUZ RODRÍGUEZ Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y DE IGUALDAD MATERIAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991:

En Colombia a partir del año 1991, con la entrada en vigencia de un nuevo orden constitucional, se consignó en el artículo primero⁷ de nuestra carta magna, el concepto de Estado Social de Derecho, con el cual se persigue la consecución de la justicia social y la dignidad humana a través del sometimiento de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales.

Dentro del abanico de principios que imbuyen el andamiaje constitucional, se destaca el de favorabilidad en materia laboral, señalado en el artículo 53 de la referida constitución, así:

“artículo 53. El congreso expedirá el estatuto del trabajo. la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. (Negrillas por fuera del texto original)

El mentado principio fue desarrollado por la H. Corte Constitucional, de la siguiente manera:

“El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “la



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones³...

Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha dicho esta corporación que para la aplicación de la favorabilidad, deben presentarse, además, dos elementos a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.”⁴

Ahora bien, sobre la aplicación del Principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de las Fuerza Pública, la sentencia T-894 del 11 de noviembre de 2010, esbozó:

“4.1. El derecho a la pensión especial es de carácter constitucional, como quiera que emana directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, pues “nace y se consolida ligado a una relación laboral”, además de su inmanente conexión con la dignidad humana y la vida misma.

4.2. La Ley 100 de 1993 es el núcleo temático de la seguridad social, aplicable para todos los individuos del territorio nacional, salvo las excepciones mencionadas en dicha ley, las cuales se encuentran consagradas en su artículo 279, donde se indica que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e) 11 y 21712 de la Constitución Política, en los cuales estableció que la Ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan.

La Jurisprudencia de esta corporación ha precisado que cuando se hace referencia a la expresión régimen prestacional, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud”.⁵

³ T-290 de marzo 31 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁴ C-654 de diciembre 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-835 de octubre 8 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-101 de febrero 11 de 2003,

⁵ Cfr. C-432 de mayo 6 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-372 de mayo 11 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

4. 3. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, "...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."⁶

Pues bien, decantadas las particularidades del Principio de Favorabilidad y su aplicabilidad en el régimen pensional de las Fuerzas Militares, se adentra este despacho a estudiar el contenido del Principio de igualdad material.

Para lo anterior, considera menester esta casa judicial citar un aparte de la Sentencia C-229 de 2011:

"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 diferentes¹⁷. 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.

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.

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 (...)

⁶ Sentencia C-168 de abril 20 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Así entonces, tenemos que el principio de igualdad material, se fundamenta en un axioma jurídico: tratar igual a lo iguales y desigual a los desiguales, esto no es más que, plantear una desigualdad formal para efectos de alcanzar la igualdad material.

Amén de lo anterior, tal y como se expone en el texto de la sentencia citada ut supra, cabe la posibilidad que el Legislador disponga realizar un tratamiento desigual respecto de sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, siempre y cuando medie una razón objetiva, suficiente y clara que justifique o ampare tal trato desemejante.

NO PROCEDE LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La excepción de inconstitucionalidad es una prerrogativa otorgada a los jueces y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan entrar a dejar de aplicar una norma porque se considera inconstitucional, consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política, 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 4° 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”

De acuerdo con lo anterior, no basta solo con que la parte demandante enuncie que el parágrafo del artículo 13 del decreto 1794 de 2000 que establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales vulnera las normas constitucionales en atención a que no consagra para los soldados profesionales el



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

pago de las prestaciones sociales que reclame el actor le sean computables, que fue concedida a los oficiales y suboficiales para que la excepción de inconstitucionalidad prospere, debe ser abrupta la incompatibilidad de esta norma con las normas constitucionales y como ya se dijo anteriormente, no existe vulneración de ningún derecho.

CASO CONCRETO

El señor ALVARO LERMA DIAZ, Infante de Marina Profesional (r), ingresó al servicio militar en 1990, finalizando el mismo el 18 de octubre de 2011, en el cargo de infante de marina profesional.

Asimismo, se encuentra probado, de conformidad con la Resolución N° 5137, que al demandante le fue reconocida por parte de la accionada, la asignación de retiro, excluyéndose de ello, la partida del subsidio familiar para determinar su monto (ver folios 16-17).

Así pues, el señor ALVARO LERMA DIAZ, presentó el día 26 de septiembre de 2014, ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, solicitud para que le incluyera el subsidio familiar y demás prestaciones sociales al momento de su retiro, pedimento que fue negado a través del Oficio No. 009153 del 28 de noviembre de 2014.

Ahora bien, de acuerdo a los considerandos depositados a lo largo de este proveído, el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es factor de liquidación de la mentada prestación para los Oficiales y Suboficiales, más no lo es para los Soldados Profesionales.

En consecuencia, se considera que en supuestos fácticos como el que se le pone de presente al despacho, no hay una razón objetiva, suficiente y clara que justifique el trato diferencial entre la inclusión como factor computable para la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y la no inclusión del mismo a los Soldados Profesionales, máxime cuando en la situación particular del hoy accionante, esta fue cancelada regularmente al actor.

Por el contrario, con la distinción realizada entre soldados profesionales y oficiales y suboficiales, en lo atinente a la inclusión de tal prestación, se vulneran los principios de favorabilidad y de igualdad material, que como se expuso, son piedra angular del Estado Social de Derecho imperante a partir de la Carta Política de 1991, ya que se reitera, no hay un sustento válido para realizar distinción entre uno y otro funcionario, los cuales pertenecen a la misma institución castrense y cumplen idéntica función, esto es, velan por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional⁷.

⁷ Inciso segundo, artículo 217 de la Constitución Política de 1991.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Respecto a las demás prestaciones sociales y pretensiones reclamadas por el accionante para ser tenidas en cuenta al momento de la liquidación de la asignación de retiro, debe dejarse claro que esta judicatura no encuentra viable dicha solicitud al estar claramente determinado mediante el decreto 4433 del 2004 el régimen de prestaciones sociales de los soldados profesionales pertenecientes a las fuerzas militares.

En ese sentido, no es procedente declarar la excepción de inconstitucionalidad pedida, habida cuenta que para esta judicatura, es justificado que exista en tratamiento diferente en materia prestacional dentro de las Fuerzas Militares, puesto que se debe a razones objetivas, como lo es, la existencia de rangos y de funciones.

Como corolario, se ha de indicar que en el asunto sub judice no procede la excepción de inconstitucionalidad ya que no existe una flagrante contradicción entre el Decreto 4433 de 2004, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 1794 de 2000 y las normas constitucionales que se estudian, artículos 13 y 57 de la Constitución Política.

Por las razones esbozadas, para este Despacho no existe duda respecto del derecho deprecado por el hoy demandante, a que le sea incluido el subsidio familiar en la asignación de retiro reconocida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, tal y como fue solicitado en la demanda.

COSTAS

El artículo 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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declárese la nulidad parcial del **acto administrativo CREMIL 009153** del 28 de noviembre de 2014 **en lo pertinente a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro ya reconocida**, en donde la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, niega tal pretensión .

SEGUNDO: Ordénese a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reliquidar la asignación de retiro del actor, con inclusión de la partida correspondiente al subsidio familiar que devengó el actor a partir del reconocimiento y en lo sucesivo.

TERCERO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda

CUARTO: La presente sentencia se cumplirá de conformidad con lo establecido en los artículos 189, 192 y 193 del CPACA.

QUINTO: Sin costas.

SEXTO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena