



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

Cartagena de Indias D. T. y C., 14 de junio dos mil dieciséis (2016).

<b>MEDIO CONTROL</b>	<b>DE</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>RADICACIÓN</b>		<b>13- 001-33-33-008-2015-00455</b>
<b>DEMANDANTE</b>		<b>ARLEY DE JESUS PINO TREJOS</b>
<b>DEMANDADO</b>		<b>CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.</b>

### PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por ARLEY DE JESUS PINO TREJOS, quién por intermedio de apoderado judicial presentó demanda contra CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### I. DEMANDA

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

#### DECLARACIONES Y CONDENAS

**PRIMERO:** Que se declare la Nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 39220 de fecha 11 junio de 2015, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del incremento del smmlv del 40% al 60%, por indebida aplicación del inciso segundo del Artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

**SEGUNDO:** Que se declare la Nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 39220 de fecha 11 junio de 2015, mediante el cual negó la reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

**TERCERO:** Que se declare la Nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 39220 de fecha 11 junio de 2015, mediante el cual negó el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la resolución de asignación de retiro de la PRIMA DE NAVIDAD de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.

**CUARTO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones 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 al pago de los dineros indexados junto con los intereses de ley, desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de la actualización del



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

pago total de la obligación de:

1. La reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
2. El reajuste de la asignación de retiro del cuarenta (40% al sesenta 60%) por ciento de conformidad con el Inciso segundo del Artículo 1° del Decreto 1794 de septiembre 14 de 2000.
3. La inclusión y reliquidación de la PRIMA DE NAVIDAD en la asignación de retiro de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.

**QUINTO:** Condenase en costas y agencias en derecho a la entidad demandada

**HECHOS**

1. El Demandante, ingresó a la laboral al Ministerio de Defensa en condición de Soldado Regular.
2. La vinculación del demandante estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985. A partir del 1° de Noviembre de 2003, la vinculación del demandante estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y el Decreto 4433 de 2004 del orden Ministerial de Defensa Nacional.
4. El Demandante estuvo vinculado al EJERCITO NACIONAL – MINISTERIO DE DEFENSA durante más de veinte (20) años, con derecho a la asignación de retiro.
5. La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, le reconoció ASIGNACIÓN DE RETIRO mediante Resolución No. 4288 de fecha 16 de septiembre de 2011, sin embargo no tuvo en cuenta el 60% del aumento sobre el salario mínimo, tampoco le fue reconocida el subsidio familiar, no se le dio aplicación en debida forma al art. 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y no le fue reconocida la prima de navidad como factor para liquidar la asignación de retiro a pesar que este último fue devengado por el actor.

**NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

C.N Art. 2,4, 6, 13,29, 53- Ley 4a de 1992: Artículo 10- Ley 131 de 1985, Decreto 4433 de 2004. Decretos 1793 y 1794 de 2000, Decreto 4433 de 2004.

EL REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1° DEL DECRETO 1794 DE SEPTIEMBRE 14 DE 2000. LIQUIDANDO EL S.M.M.L.V. MÁS EL 40%. CUANDO LA NORMA ESTABLECE PARA LOS SOLDADOS QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS. LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL S.M.M.L.V. MÁS EL 60%.

Mediante Decreto 1793 del 14 de Septiembre de 2000, se creó el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

El artículo 38 del citado 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 Decreto 1794 de Septiembre 14 de 2000 y en su artículo 1° prescribe:

"Artículo 1°: Asignación salarial mensual: Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

Conforme la Ley 131 de 1985, Diario Oficial No. 37.295 de 31 de diciembre de 1985 a 31 de Diciembre de 2000, el demandante ostentaba la condición adquiriendo el derecho a devengar un s.m.m.l.v. incrementado en un 60%.

"ARTÍCULO 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 Decreto 4433 de 2004, artículo 13.2.1., establece los factores a computar para determinar el monto de la asignación por retiro y lo remite al Decreto 1794 de 2000 que dispone:

"Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000"

Esta norma resulta aplicable únicamente para aquellos soldados profesionales que se incorporaron a la Institución con posterioridad al año 2000, es decir, a la entrada en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 del 14 de Septiembre de 2000.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

---

Luego al demandante, no se puede le desconocer lo prescrito en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, que regula:

"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%)"

Las normas en cita se deben aplicar en consonancia con los principios Constitucionales a la igualdad, a la remuneración mínima, vital y móvil, y al respeto por los derechos adquiridos consagrados en los artículos 13, 53 y 58.

Decreto 1793 de 2000 Artículo 38, establece que se deben respetar los derechos adquiridos y atender lo dispuesto en la Ley 4 de 1992.

En la RESOLUCIÓN de la asignación de retiro del demandante, la liquidación del setenta (70%) por ciento, al aplicar la fórmula no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

CREMIL liquida: el 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 y liquida el setenta por ciento (70%).

CREMIL al momento de la expedición de la resolución de la asignación de retiro del demandante, en el acto administrativo no fue efectuado el reajuste como es debido del 70% ya que de forma errónea efectúan una liquidación 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 1° 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.

1. El artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, 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."* (Se resalta)

En resumen CREMIL debe aplicar el cien (100%) y le saca el setenta por ciento (70%) del salario básico y adiciona el treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

prima de antigüedad, para determinar el salario real en la asignación de retiro del demandante.

Al aplicar en forma indebida la norma citada, se genera una diferencia a favor del Demandante la suma de noventa y cinco mil trescientos veintidós mil pesos con cincuenta centavos (\$95.322,50) MENSUALES para el año 2013.

## II. CONTESTACION

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, contesto la demanda en los siguientes términos:

### INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA INCLUSION DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE

Es preciso señalar que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los decretos 1793 y 1794 de 2000.

Es así que el citado Decreto 4433 de 2004, dispone:

"ARTICULO 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." (s.t.t.)

Dicha norma se constituye entonces en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias. (Artículo 45 del decreto 4433 de 2004) Por consiguiente, al revisar la norma antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

- Acreditación de un tiempo de servicio de 20 años.
- Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%.
- Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

---

Al respecto, nótese como la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de subsidio familiar.

Aunado a lo anterior, es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispone cuales son las partidas que deben ser liquidadas en cada caso, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro así:

*"ARTICULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobre vivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

*13. 1. Oficiales y Suboficiales: (. . .)*

*13.2. Soldados Profesionales:*

*13.2.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 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" (n.f.t.,s.f.t)*

De la norma anteriormente transcrita, se colige que la entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de asignación de retiro, para los Soldados Profesionales, razón suficiente para NO DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD de los actos demandados.

Sobre el tema de las partidas computables, se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, negando las súplicas de la demanda, por ejemplo en fallo de fecha 22 de enero de 2004, siendo Magistrada Ponente la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, al señalar:

*"... dirá la Sala que tal factor no está contemplado para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, por no estar en listado dentro de las partidas señaladas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990. Es más, la misma norma de manera categórica en su Parágrafo, establece lo siguiente: Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales".*



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

DUODÉCIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD LIQUIDADADA CON LOS ÚLTIMOS HABERES PERCIBIDOS A LA FECHA FISCAL DE RETIRO.

13-2.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del **DECRETO LEY 1794 PE 2000**.

*Artículo 16. Asignaciones 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, ser le 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.*

*El criterio expuesto en el referido pronunciamiento lo reiterado en la sentencia C-182/97, en la dial dijo la Corte:*

*"Ha señalado esta Corporación en relación con el establecimiento de los llamados Regímenes Excepcionales", que ellos se ajustan al ordenamiento constitucional, en cuanto suponen la existencia de unas condiciones prestacionales más favorables para los trabajadores a quienes comprende y cuya finalidad es la preservación de los derechos adquiridos. Pero, cuando consagren para sus destinatarios un tratamiento inequitativo frente al que se otorga a la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, éstas regulaciones deberán ser descalificadas en cuanto quebranten el principio constitucional de la igualdad.*

En conclusión, Al demandante en su asignación de retiro, le asiste el derecho a que se le REAJUSTE del 40% al 60%, la RELIQUIDACION DEL 70%, la inclusión de la DUODÉCIMA PARTE DE LA PRIMA PE NAVIDAD que por una indebida interpretación de la norma e infracción a las normas que deberían fundarse se vulnera con ello su MÍNIMO VITAL y demás derechos conexos fundamentales establecidos en la Constitución Política.

### III. ALEGATOS DE CONCLUSION

**DEMANDANTE:** emitidos en audiencia ratifica las pretensiones de la demanda.

**DEMANDADO:** pronunciados en audiencia argumenta que no hay lugar para acceder a lo pedido como quiera que sus prestaciones sociales se cumplen.

**MINISTERIO PÚBLICO.** No presentó concepto.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

**IV. TRAMITE DEL PROCESO**

La demanda fue presentada el día 12 de agosto del año 2015, ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena. Admitida por este despacho mediante auto fechado 26 de junio del año 2015.

Mediante auto de fecha 02 febrero de 2016 se citó a las partes a audiencia inicial, para el día 13 de abril del 2016, conforme con el artículo 180 del CPACA, se cierra el periodo probatorio y se le concedió a las partes 10 min para presentar alegatos en audiencia, y se indicó que se dictaría sentencia 20 días después de vencido el término para alegar.

**V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales desarrolladas por este Despacho no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión y como las excepciones alegadas competen al asunto de fondo, se procede a resolver de fondo.

**PROBLEMA JURIDICO:**

¿Se debe ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, efectuar reajuste de la Asignación de Retiro, teniendo en cuenta los Artículos 16 del Decreto 4433 de 2004, 1 del Decreto 1794 de septiembre de 2000 así como la inclusión de la Prima de Navidad, sobre el salario Anual que devengó el actor, siendo miembro activo de las fuerzas militares?

**TESIS DEL DESPACHO**

Con la expedición de la Ley 131 de 1985 el legislador estableció la posibilidad de que quienes prestaran el servicio militar obligatorio continuaran vinculados a las Fuerzas Militares en forma voluntaria devengando una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, incrementado en un 60% sobre el mismo salario. No obstante lo anterior, el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 fijó el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y, a su turno, el Régimen Salarial y Prestacional de los referidos Soldados precisando que, en relación con los Soldados Profesionales era necesario diferencias de quienes se vinculaban al servicio, por primera vez, a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000 y de los que, en su condición de Soldados Voluntarios, fueron incorporados en calidad de Soldados Profesionales.

Sin embargo, precisó que unos se vinculaban por primera vez al servicio de las Fuerzas Militares, esto es, a partir del 31 diciembre de 2005 y otros, ya venían



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

vinculados, en condición de Soldados Voluntarios, atribuyéndole efectos distintos en materia salarial a unos y otros.

En relación con el primer grupo, a saber, quienes se vinculaban a partir del 31 de diciembre de 2000, dispuso la norma que, tendrían derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como Soldados Voluntarios se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En este punto, se considera que con la aplicación de las disposiciones previstas en el Decreto 1794 de 2000, en lo que toca con el incremento del 60% de los soldados Profesionales incorporados, no ha sido pacífica en sede administrativa toda vez que, como ocurre en el caso concreto, las Fuerzas Militares han argumentado que los referidos Soldados no tienen derecho al percibir el incremento en un porcentaje igual al 60% dado, que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas militares gozan de una serie de prestaciones que con anterioridad no les eran reconocidas lo que en la práctica compensa la reducción al 40% del citado incremento.

Al respecto el H. consejo de Estado rechazo enérgicamente dicha interpretación toda vez que ella en la práctica implicaba prohiar la renuncia tácita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

En relación al 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, se encuentra acreditado que en su última nómina correspondiente al mes de junio de 2011, le fue pagada tal acreencia en un porcentaje del 4%.

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



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

---

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 constitucional.

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

Para el Despacho el artículo 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 demandante, 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.

Finalmente, respecto a la prima de navidad reclamada 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, régimen de prestaciones sociales de los soldados profesionales pertenecientes a las fuerzas militares.

A las anteriores consideraciones se llega si se tiene en cuenta los siguientes:

## ANTECEDENTES NORMATIVOS y JURISPRUDENCIA APLICABLE

### LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

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*



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

*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)*

Advierte el Despacho que el legislador a través del artículo 1 de la Ley 131 de 1985 estableció la posibilidad de que quienes hayan prestado sus servicio militar obligatorio manifiesten su deseo de seguir vinculados a las Fuerzas Militares, bajo la modalidad del servicio militar voluntario.

En ese mismo sentido, dispuso el legislador que quienes asumieran la condición de Soldados Voluntarios, en los términos del artículo 1 ibídem, devengarían una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, la cual debía verse incrementada en un 60% sobre el referido salario.

Para mayor ilustración esta Casa Judicial transcribe las disposiciones de la Ley 131 de 1985:



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

---

*“ARTÍCULO 1o. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.*

*ARTÍCULO 2o. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*

*PARÁGRAFO 1o. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.*

*PARÁGRAFO 2o. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.*

*ARTÍCULO 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.”*

Con posterioridad, el legislador a través de la Ley 578 de 14 de marzo de 2000 facultó al Presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas todo lo concerniente al régimen de carrera y/o estatuto del Soldado Profesional.

Con fundamento en las anteriores facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 “por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares” a través del cual se definió, en primer lugar, la condición de Soldado Profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

La referida disposición, en el párrafo de su artículo 5, estableció la posibilidad de que los Soldados Voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como Soldados Profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y respetando el porcentaje de la “prima de antigüedad” a la que tenían derecho.

Así se lee en el referido párrafo del artículo 5 del Decreto 1793 de 2000:

**“ARTÍCULO 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.*



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

*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.*

**PARAGRAFO.** *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.”.*

En consonancia con lo anterior, advierte esta judicatura que el ya citado Decreto 1793 de 2000 en su artículo 384 dispuso que el Gobierno Nacional expediría los regímenes salariales y prestacionales de los Soldados Profesionales, con base en lo dispuesto en la Ley 4 de 1992 y, en todo caso, sin desmejorar los derechos adquiridos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y en especial lo previsto en el artículo 38 ibídem, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000 en el cual, en su artículo 1 definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que evengarían los Soldados Profesionales.

En efecto, en esa ocasión el Gobierno Nacional dispuso que los Soldados Profesionales que se vincularían a las Fuerzas Militares, esto es, por primera vez a partir de la vigencia del referido Decreto, tuvieran derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Por su parte, los Soldados Voluntarios, esto es, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares de acuerdo a los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su incorporación como Soldados Profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

Sobre este particular, se estima conveniente transcribir los apartes más relevantes del referido 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.*



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

---

*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%).*

**ARTICULO 2. (...)**

**PARAGRAFO.** *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.”.*

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, y recapitulando, se concluye que con la expedición de la Ley 131 de 1985 el legislador estableció la posibilidad de que quienes prestaran el servicio militar obligatorio continuaran vinculados a las Fuerzas Militares en forma voluntaria devengando una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, incrementado en un 60% sobre el mismo salario. No obstante lo anterior, el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 fijó el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y, a su turno, el Régimen Salarial y Prestacional de los referidos Soldados precisando que, en relación con los Soldados Profesionales era necesario diferencias de quienes se vinculaban al servicio, por primera vez, a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000 y de los que, en su condición de Soldados Voluntarios, fueron incorporados en calidad de Soldados Profesionales.

En efecto, las referidas disposiciones distinguen claramente que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1974 de 2000 el personal de “*varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas Militares*” gozaría de la condición de Soldados Profesionales.

Sin embargo, precisó que unos se vinculaban por primera vez al servicio de las Fuerzas Militares, esto es, a partir del 31 diciembre de 2000 y otros, ya venían vinculados, en condición de Soldados Voluntarios, atribuyéndole efectos distintos en materia salarial a unos y otros.

En relación con el primer grupo, a saber, quienes se vinculaban a partir del 31 de diciembre de 2000, dispuso la norma que, tendrían derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como Soldados Voluntarios se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

Bajo este supuesto, a juicio del Despacho las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985.

Así las cosas, el hecho de que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1794 de 2000 haya dispuesto conservar el incremento legal del 60% a favor de los Soldados Voluntarios que fueron incorporados como Soldados Profesionales no puede ser interpretado de manera distinta, como una decisión de respeto por los derechos adquiridos de estos Suboficiales de la Fuerza Pública, quienes conforme a las disposiciones de la Ley 131 de 1985 habían adquiridos el derecho de percibir el referido incremento en razón a la naturaleza misma de la actividad que venían desarrollando al servicio de la Fuerza Pública.

En otras palabras, el hecho de que en vigencia del Decreto 1794 de 2002 los Soldados Voluntarios incorporados como Soldados Profesionales sigan devengando el incremento del 60% sobre su salario no constituye, en estricto sentido, a una decisión producto del arbitrio del Presidente de la República al ejercer la facultad con que cuenta para fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, sino al respeto y la garantía por los derechos que legal y justamente habían adquirido quienes en otrora se desempeñaron como Soldados Voluntarios.

En este punto, se considera que con la aplicación de las disposiciones previstas en el Decreto 1794 de 2000, en lo que toca con el incremento del 60% de los soldados Profesionales incorporados, no ha sido pacífica en sede administrativa toda vez que, como ocurre en el caso concreto, las Fuerzas Militares han argumentado que los referidos Soldados no tienen derecho al percibir el incremento en un porcentaje igual al 60% dado, que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas militares gozan de una serie de prestaciones que con anterioridad no les eran reconocidas lo que en la práctica compensa la reducción al 40% del citado incremento.

Al respecto el H. consejo de Estado en sentencia del seis (6) de agosto de dos mil quince (2015). Radicación número: 66001-23-33-000-2012-00128-01 (3583-13) Actor: WALTER OLARTE VALENCIA Demandado: NACION, MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL, respecto un caso igual:

*Sin embargo, la Sala rechaza enérgicamente dicha interpretación toda vez que ella en la práctica implicaría prohiar la renuncia tácita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la*



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

---

*soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.*

*En este mismo sentido, tampoco resulta de recibo el argumento de la supuesta violación al principio de la inescindibilidad de las normas que trae consigo, a estos casos, la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 toda vez que, como quedó visto en precedencia, no se trata de la escisión o fragmentación de las disposiciones del referido Decreto, sino por el contrario, se trata de la aplicación directa de su primera disposición esto es la que regula todo lo concerniente a la asignación que deben percibir los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.*

Luego entonces, no es posible desconocer los derechos que se le venían reconociendo al actor so pretexto de la obtención de nuevas prestaciones pues aceptar ello implicaría desconocer el principio de progresividad<sup>1</sup> de los derechos laborales.

#### **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 legislador, como una forma de subvención, de ayuda o de auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales en servicio

---

<sup>1</sup> C-228 del 2011. El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

---

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.

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 mensual ”.

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.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL 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 primero<sup>7</sup> 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.*



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

*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 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 interpretaciones...”.*

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.”

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”.

4. 3. En genera las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

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...

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 201116:

"3.1 El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes<sup>17</sup>. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.

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 (...)

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



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

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.

**LIQUIDACIÓN PRIMA DE ANTIGÜEDAD y LA PRIMA DE NAVIDAD.**

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, determinó el reconocimiento de la asignación de retiro para soldados profesionales, siempre y cuando reúnan las condiciones allí señaladas. Dice la norma:

*“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.”*

Y los factores a tener en cuenta son los señalados en el artículo 13 del mismo Decreto tal y como se indica en el numeral 13.2. Soldados profesionales, 13.2.1. El salario mensual conforme el decreto 1794 de 2000 y 13.2.2. será el porcentaje de la prima de antigüedad.

Ahora bien, respecto al subsidio familiar, el artículo 1° de la Ley 21 de 1982 señala que es una prestación social cancelada en dinero, especie o servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos con relación al número de personas a cargo con el fin de aliviar cargas económicas como es el sostenimiento de la familia como núcleo de la sociedad.

Prestación que también se encontraba implícita en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 donde se estableció a favor de los soldados profesionales el equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de navidad, dicha norma fue derogada por el artículo 1° del Decreto 3770 de septiembre 25 de 2009, sin embargo en su párrafo primero se señaló que dicho personal que a la entrada en vigencia del decreto se encontraran percibiendo el subsidio familiar continuarían percibiéndolo hasta el retiro del servicio.

### **CASO CONCRETO**

En cuanto a qué si los mencionados actos administrativos violan el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 13.2.1 de la misma norma y el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 por errónea



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

---

interpretación, dado que la tesis del demandante es que primero debe establecerse el 70% del sueldo básico y a éste se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad y no como se realizó en su asignación de retiro, se tiene:

Conforme la prueba allegada legalmente –constancia de tiempo de servicio- se tiene que el señor ARLEY DE JESUS PINO TREJOS estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el 02 de febrero de 1989 como soldado regular hasta el 30 de octubre de 1990; inició como soldado voluntario el 30 de noviembre de 1990 hasta el 13 de agosto de 2003 y a partir del 14 de agosto de 2003 continuó como soldado profesional hasta el 29 de agosto de 2011, con un total de tiempo prestado de 22 años, 2 meses y 14 días hasta el 29 de septiembre de 2006 (f. 09 y ss).

En razón a lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de la resolución No. 4288 del 16 septiembre 2011 le reconoció la asignación de retiro a partir del 30 de septiembre de 2006 al observar en la hoja de servicios que su tiempo era de 22 años, 2 meses y 14 días.

Que para dicho reconocimiento la entidad aplicó el artículo 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...*” así:

AR= Asignación de retiro  
SM= Salario mensual  
PA= Prima de antigüedad

$$AR = (SM + (PA*38.5\%)) * 70\%$$

Siendo la inconformidad de la parte actora la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al artículo 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 la el despacho el artículo 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 al demandante. 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.

Respecto si los mencionados actos administrativos violan el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 en concordancia con el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, teniendo en cuenta que al estar vinculado a 31 de diciembre de 2000 como



92

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

---

soldado voluntario le era aplicable el devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% y no del 40% como se hizo para liquidarle la asignación de retiro.

El actor prestó sus servicios a las Fuerzas Militares como bien lo indica la Resolución 4288 de 2011 que le reconoció la asignación de retiro, ya que prestó por más de 20 años sus servicios como soldado profesional.

De lo anterior se puede colegir que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por cuanto se encontraba vinculado como soldado con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, pues de conformidad con la certificación allegada por la entidad a folio 9, el actor se vinculó en dicha calidad a partir de 1989. Razón por la cual tiene derecho a una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Por tal motivo, para el Despacho existe certeza sobre la aplicación inexacta de la norma toda vez que en el acto administrativo demandado –oficio CREMIL No. 47514 de junio 11 de 2015 (f. 04)-, al actor se le reconoció tan sólo un salario mínimo legal mensual vigente incrementado al 40% y no el equivalente al 60% tal y como lo establece el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, siendo así una situación que desconoció las garantías constitucionales y derechos adquiridos e irrenunciabilidad de los derechos laborales del señor ARLEY JESUS PINO TREJOS.

En este mismo supuesto en relación al 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, se encuentra acreditado que en su última nómina correspondiente al mes de junio de 2011, le fue pagada tal acreencia en un porcentaje del 4% como se evidencia a folio 7 del expediente. En consecuencia se deberá incluir como factor salarial dicho factor para reconocimiento de la asignación de retiro, contrario sensu; respecto a la prima de navidad reclamada 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, régimen de prestaciones sociales de los soldados profesionales pertenecientes a las fuerzas militares.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

---

En el presente caso hay lugar a la prescripción de mesadas, en atención a la asignación de retiro fue concedida mediante Resolución No. 4288 del 16 septiembre 2011, efectiva a partir del 30 de noviembre de 2006, y la petición de reajuste de asignación de retiro fue presentada el 26 de mayo de 2015, ya han transcurrido más de 3 años entre la fecha inicial y la reclamación por lo que operó la prescripción trienal de los derechos salariales causados tres años atrás de conformidad con el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por tal razón el pago del incremento salarial y su incidencia en las prestaciones sociales causados con anterioridad al 12 de agosto de 2015 se encuentran prescritas.

### **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 demandante, 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 cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada 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,



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

FALLA

**PRIMERO:** DECLÁRESE LA NULIDAD del acto administrativo CREMIL 47514 de fecha 11 de junio de 2015 en lo pertinente a la inclusión del subsidio familiar y reliquidar la asignación de retiro en un 60% sobre el salario mlmv conforme al art. 01 del Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, 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 señor ARLEY DE JESUS PINO TREJOS identificado con c.c. No. 6.111.285, con inclusión de la partida correspondiente al subsidio familiar que devengó en un porcentaje del 4%, a partir del reconocimiento y en lo sucesivo.

**TERCERO:** CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer y pagar a favor del señor ARLEY DE JESUS PINO TREJOS identificado con c.c. No. 6.111.285, la diferencia en la asignación mensual que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que resulte de aplicar 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 corresponda a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

**CUARTO:** DECLARAR la prescripción del incremento salarial y su incidencia en las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 12 de agosto de 2015 conforme lo motivado.

**QUINTO:** NEGAR las demás pretensiones de la demanda, con relación a la prima de navidad.

**SEXTO:** La presente sentencia se cumplirá de conformidad con lo establecido en los artículos 187, 189, 192 y 193 del CPACA.

**SEPTIMO:** Ejecutoriada esta providencia, expídase copia para su cumplimiento

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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