

EXPEDIENTE: 76001-33-33-005-2015-00330-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUIS FERNANDEZ MINA
DEMANDADO: CREMIL

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 205

Santiago de Cali, diciembre siete (7) de dos mil dieciséis (2016).

Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral
Radicación 76001333300520150033000
Demandante LUIS FERNANDEZ MINA
Demandado CREMIL

Juez CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderada judicial, por el señor LUIS FERNANDEZ MINA en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. DECLARAR la nulidad de los actos administrativos conformados por los **oficios No. 10019 de febrero 19 de 2015**, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante; y el **No. 16495 de marzo 16 de 2015**, a través del cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del Derecho, CONDENAR a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago en favor del demandante, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales:

1.2.1. REAJUSTAR por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del

valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.

- 1.2.2.** REAJUSTAR por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de septiembre 14 de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a diciembre 31 de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.
- 1.2.3.** REAJUSTAR por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, entre ellos el demandante, cuando a todos los demás miembros del Ministerio de Defensa Nacional así como de las Fuerzas Militares, tanto civiles como militares y de policía, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación de la asignación de retiro respectiva.
- 1.3.** DISPONER el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos; así como el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados y los respectivos intereses moratorios.
- 1.4.** CONDENAR en costas a la entidad demandada.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda¹, se sintetizan así:

- 2.1.** El señor LUIS FERNANDEZ MINA, ingresó al Ejército Nacional en agosto 16 de 1993 en condición de Soldado Voluntario y para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba tal condición, siendo su vinculación regida en ese entonces por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

¹ Folios 24 al 32

- 2.2.** Por decisión del Ejército Nacional el demandante, al igual que todos los Soldados Voluntarios, pasaron a ser denominados Soldados Profesionales a partir de noviembre 1 de 2003, momento desde el cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 de 2004.
- 2.3.** El demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de veinte (20) años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 3544 de junio 13 de 2012.
- 2.4.** La forma en que fue liquidada la asignación de retiro del demandante no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y por el contrario decide aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre éste rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir que a la prima de antigüedad se le aplica un doble porcentaje, primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70%, causando con ello un grave perjuicio al demandante.
- 2.5.** Al aplicar en forma indebida la norma citada, se genera una diferencia a favor del actor de OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$83.275.00) mensuales para el año 2010 (sic), lo que constituye una diferencia importante dada la cuantía de la asignación de retiro, que actualmente está devengando.
- 2.6.** De otra parte, el demandante ostentó la condición de Soldado Voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, y a diciembre 31 de 2000 se desempeñaba bajo esta condición. Es decir adquirió el derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. Lo anterior, ya que en su condición de Soldado Voluntario devengaba exactamente este mismo salario, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, y cumpliendo los preceptos de la Ley 4 de 1992, su salario no podía ser desmejorado, esto es, debía continuar devengándolo en la misma proporción en que lo venía haciendo.

- 2.7.** A pesar de lo anterior, a partir de la fecha en que se denominó el grado del demandante como “Soldado Profesional” se disminuyó su asignación mensual en un 20%, contrariando las normas y principios establecidos en la propia Ley 4 de 1992 y el Decreto 1794 de 2000.
- 2.8.** El anterior hecho influyó de manera directa en el reconocimiento de la asignación de retiro del actor, por cuanto la misma se realizó en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, norma que al establecer los factores a computar para determinar el monto de la asignación se remite a lo dispuesto en el artículo 13.2.1. Ibídem, esto es, un salario mínimo incrementado en un 40%; pero dicha disposición solamente es aplicable a los 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 de 2000. En el caso concreto no se puede desconocer lo establecido en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 que estableció que:

“(…) quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) (…)”

- 2.9.** Por todo lo anterior, para efectos de establecer el monto de la asignación de retiro a que tiene derecho el demandante se debe tomar en consideración el salario mínimo incrementado en un 60% y ya sobre éste valor, se tomará el porcentaje (70%) establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, respetando así las garantías y principios tanto de orden constitucional como legal, a fin de garantizar al actor el pago de una asignación de retiro que le permita siquiera cubrir sus necesidades básicas.
- 2.10.** Por otro lado, los Soldados Profesionales, entre ellos el demandante, se encuentran en desigualdad de condiciones, porque contrario a lo que ocurre con ellos, para los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional; los miembros de la Policía Nacional; e incluso para todo el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se incluye como partida computable para la asignación de retiro el subsidio familiar. Valga decir, los Soldados Profesionales son los únicos miembros al servicio del Ministerio de Defensa que no devengan en su asignación de retiro el subsidio familiar, sin tomar en consideración que también son los únicos miembros que tienen la obligación de enfrentar directamente la guerra y todos sus vejámenes.

2.11. Por lo anterior, y atendiendo el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, sostiene que el demandante en su calidad de Soldado Profesional tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro, para que en la misma se incluya el subsidio familiar en el mismo valor devengado en actividad.

3. NORMAS VIOLADAS:

Señaló como normas la Constitución Política en sus artículos 13, 25, 29, 53 y 58; la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 138 y 159 a 195; la Ley 4ª de 1992 en su artículo 10 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000, así como el Decreto 4433 de 2004.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Refiere la apoderada de la parte actora, que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES vulnera el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 cuando decide aplicar un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro a que tiene derecho el demandante.

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

Por otro lado, refiere que el demandante ingresó al Ejército Nacional en condición Soldado Regular entre los años 1987 a 1991, se desempeñó como Soldado Voluntario y por tanto su vinculación estuvo regida por la Ley 131 de 1985, ostentaba esta condición a diciembre 31 de 2000 y fue designado como Soldado Profesional a partir de noviembre 1 de 2003, por lo que considera que su situación se enmarca perfectamente en los parámetros establecidos en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Refiere que en razón a ello, el último salario que debió devengar el demandante en su calidad de Soldado Profesional antes de ser retirado del Ejército Nacional debía ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% y es precisamente sobre este salario básico sobre el cual se debe determinar el monto de la

asignación de retiro del mismo, pues en su criterio resulta ilegal que se liquide sobre un salario inferior y que nunca le correspondió devengar durante su vinculación con la entidad.

Finalmente argumenta su concepto de violación precisando que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, resulta inconstitucional frente al caso concreto al dejar de incluir como partida computable para la asignación de retiro el subsidio familiar que devengó el demandante durante su vinculación con el Ejército Nacional en su calidad de Soldado Profesional, razón por la cual solicita se aplique la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4 superior frente a dicha disposición para efectos de ser inaplicada.

Lo anterior, por cuanto en criterio del actor el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 resulta contrario a lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, al vulnerar su derecho a la igualdad, frente a los demás miembros activos y retirados del Ministerio de Defensa Nacional.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, se opone a todas las pretensiones de la demanda², quedando supeditada a lo que resulte probado en el proceso.

En relación a la pretensión tendiente a reajustar la asignación de retiro incrementando en un 20% la partida computable de sueldo básico, es decir, tener en cuenta el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, el apoderado manifestó que según lo dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se debe tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro del demandante, el salario básico dispuesto en el inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, que se refiere exclusivamente a un salario mínimo incrementado en un 40%, no obstante el demandante insiste en que se aplique el inciso segundo de dicha disposición, que refiere a un porcentaje diferente (un salario mínimo incrementado en un 60%), contrariando con ello la disposición normativa aplicable al caso concreto.

Frente a la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro conforme a una correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, respecto al porcentaje de

² Ver escrito de contestación de demanda a folios 50 al 58 frente y vuelto

prima de antigüedad que debe tenerse en cuenta para su liquidación, manifiesta el apoderado que, siguiendo la uniformidad y secuencia de lo establecido en tal disposición, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando esa entidad, valga decir, sumando el salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad y al resultado de tal operación aplicarle el respectivo 70% para así obtener el monto a pagar por concepto de asignación de retiro.

Refiere que la anterior forma de liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales ha sido aceptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por el Departamento Administrativo de la Función Pública y cita de forma parcial los respectivos pronunciamientos.

Finalmente, respecto a la pretensión de incluir el subsidio familiar devengado por el actor, como partida computable para su asignación de retiro, menciona que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció la forma en que debe reconocerse dicha prestación a los Soldados Profesionales, sin contemplar factores distintos al sueldo básico y la prima de antigüedad.

Indica 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, para el caso concreto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en el cual no está consagrado expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de asignación de retiro, para los Soldados Profesionales, razón por la cual el demandante no ha desvirtuado la presunción de legalidad que pesa sobre el acto demandado.

Adicionalmente, manifiesta que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar para ser computada a su asignación de retiro, y dicho acto no fue controvertido, por lo que en su sentir, el demandante debió dirigirse ante la autoridad administrativa respectiva con el fin de aclarar dicha situación y no pretender que la Caja asuma una carga prestacional que no le corresponde y entre a modificar una información consignada en la hoja de servicios, careciendo de competencia para ello.

Aunado a ello, aduce que si en gracia de discusión la hoja de servicios del demandante estableciera el subsidio familiar como partida computable a su asignación de retiro,

tampoco sería posible reconocer dicha partida en la medida en que el legislador no la contempló para tales efectos, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004.

Propone como excepciones de fondo: **i)** carencia de fundamento jurídico para solicitar el subsidio familiar; **ii)** ausencia de vulneración del derecho a la igualdad; **iii)** legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, **iv)** no configuración de causal de nulidad y **v)** no procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL.

6. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído No. 951 de diciembre 7 de 2015³, se admitió la presente demanda al cumplir con los requisitos legales para ello. Posteriormente, la misma fue notificada a la entidad demandada⁴ y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA.

Vencidos los respectivos términos de traslado, se convocó a audiencia inicial, llevada a cabo en diciembre 6 del presente año⁵, dentro de la cual se verificó la ausencia de causales que invalidaran la actuación desplegada; se decidieron las excepciones previas; se fijó el litigio; se decretaron las pruebas consideradas pertinentes y que fueran solicitadas por las partes.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En desarrollo de la audiencia inicial antes citada, la PARTE DEMANDANTE expuso sus alegatos de conclusión, ratificándose en los hechos y pretensiones de la demanda.

La PARTE DEMANDADA se ratificó a su vez, en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

MINISTERIO PUBLICO: Emite su respectivo concepto, el cual quedó consignado en audio y video y se extracta de la siguiente manera:

³ Folios 37 y 38

⁴ Folios 39 al 49

⁵ Folios 98 al 102 y cd a folio 103

Respecto al reajuste de la pensión de retiro, le asiste razón al demandante en equivalencia al 70% del salario mensual, adicionado el 38% a la prima de antigüedad. En relación a la inclusión del subsidio familiar, no existe razón para excluir al demandante de partida, razón por la cual solicita inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por Inconstitucional y acceder a esta pretensión. En lo referente al reajuste el 20% como soldado voluntario, le asiste razón el demandante, pero RESALTÓ que CREMIL, no es la entidad encargada sino que es potestad del Ministerio de Defensa Nacional. Solicita se acceda parcialmente a las pretensiones. El Ministerio Publico, sustenta su concepto en normatividad aplicable al caso concreto y Jurisprudencia.

Concluidos los alegatos de conclusión se indicó en desarrollo de la audiencia el sentido del fallo que nos ocupa.

8. CONSIDERACIONES

8.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MÉRITO

Respecto a los medios exceptivos alegados por la entidad demandada, este Despacho no emitirá pronunciamiento previo alguno, toda vez que sus argumentos se confunden con lo que en efecto se habrá de dilucidar al resolver el mérito de la presente controversia.

8.2. CUESTION PREVIA

Antes de plantear el problema jurídico y definir la situación concreta advierte el Despacho que uno de los actos administrativos demandados no es susceptible de control jurisdiccional, razón por la cual se realizaran los siguientes pronunciamientos:

Con la presente demanda se pretende la nulidad del: **i)** Oficio No. 10019 de febrero 19 de 2015, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante y **ii)** el Oficio No 16495 de marzo 16 de 2015, a través del cual se rechazaron por improcedentes los recursos de reposición y apelación interpuestos en contra del anterior acto administrativo.

Respecto al primer acto administrativo, esto es, Oficio No. 10019 de febrero 19 de 2015, como puede observarse en su contenido, no se otorgó la oportunidad al

petionario de interponer recurso alguno, considerándose entonces un acto administrativo definitivo por cuanto resolvió de fondo la situación planteada, según lo establece el artículo 43 ibídem.

De acuerdo a lo anterior, debe precisarse que son actos definitivos, susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 43 referido:

“(...) los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación (...)”

Así pues, un acto administrativo definitivo es una declaración de voluntad, dirigida al ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, es decir, que crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas.

Por su parte, los actos de trámite o preparatorios son los que impulsan un procedimiento administrativo sin que de ellos se desprenda una situación jurídica; los actos de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado y finalmente encontramos los simples o meros actos administrativos que son aquellos que no resuelven situaciones jurídicas concretas, ni sirven de impulso a la concreción de un acto definitivo, ni se expiden en cumplimiento de órdenes administrativas o judiciales, en otros términos, no tienen las características de actos definitivos, de trámite, preparatorios o de ejecución.

De acuerdo con lo anterior, únicamente las decisiones de la Administración, producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, siempre que afecten derechos o intereses, impongan cargas, obligaciones o sanciones o incidan en situaciones jurídicas, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que los actos de trámite o preparatorios, de ejecución o los meros o simples actos administrativos se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que estos no deciden definitivamente una actuación.

En ese orden de ideas, para proceder a admitir una demanda contra un acto de la Administración, debe analizarse, por el respectivo Juez, si se trata de un verdadero acto administrativo definitivo, en tanto decide de fondo el asunto, o, si siendo de trámite pone fin al proceso, haciendo imposible continuar la actuación. Observa el Despacho que a

pesar de que la presente demanda se intenta en contra de un simple o mero acto administrativo, como lo es el Oficio No 16495 de marzo 16 de 2015, que se limita a indicar que en contra del otro acto demandado no proceden los recursos legales, al estudiar su admisión nada se dijo al respecto, siendo que en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 169 del C. P. A. C. A., la demanda debió ser rechazada respecto a la solicitud de nulidad del referido oficio.

De todo lo anterior se concluye entonces que el Despacho solo podrá pronunciarse respecto a la solicitud de nulidad del Oficio No. 10019 de febrero 19 de 2015, pues frente al Oficio No 16495 de marzo 16 de 2015 la decisión necesariamente deberá ser inhibitoria, por cuanto éste no es susceptible de control jurisdiccional por no tratarse de un acto administrativo definitivo.

8.3. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, debe el despacho realizar el estudio de los siguientes problemas jurídicos:

Determinar si es viable ordenar la reliquidación de la asignación de retiro devengada por el demandante bajo los siguientes parámetros y en los órdenes indicados:

-Tomando como salario básico mensual para efectos de calcular el valor de la asignación, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de retiro, incrementado en un 60%, según lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

-Efectuando nuevamente la liquidación de su asignación de retiro, respecto a la partida computable de prima de antigüedad en el sentido de adicionar un 38.5% de la misma al 70% del salario básico previamente calculado, sin afectar la referida prima con el mencionado 70%, en atención a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

- Incluyendo como partida computable de la asignación de retiro el subsidio familiar en la misma proporción en que venía siendo devengado en servicio activo, atendiendo el principio de igualdad contenido en el artículo 13 superior.

8.4. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Analizar el marco normativo y jurisprudencial de la profesionalización de los soldados de las Fuerzas Militares y el régimen salarial aplicable a los mismos;
- (ii) Realizar un estudio sobre el subsidio de familia a que tienen derecho los Soldados Profesionales; y,
- (iii) Analizar brevemente el principio de igualdad contenido en el artículo 13 superior;
- (iv) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto; y,
- (v) Determinar si en el caso concreto le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

8.4.1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL – PROFESIONALIZACIÓN DE LOS SOLDADOS DE LAS FUERZAS MILITARES - RÉGIMEN SALARIAL APLICABLE.

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual “*se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.

Así, son Soldados Voluntarios quienes habiendo prestado servicio militar obligatorio, manifiestan su deseo al respectivo Comandante de la Fuerza de continuar con su prestación a la institución militar, por un lapso no menor a doce (12) meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como Soldados Voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares.

El artículo 4 de la citada ley, consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual, equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un 60% de la misma, en los siguientes términos:

“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.”*

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, integrando como Soldados Profesionales a quienes antes de diciembre 31 de 2000, venían prestando el servicio militar como Soldados Voluntarios, definidos en el artículo 1 de la Ley 131 de 1985, así:

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

Respecto de la incorporación del personal de Soldados Profesionales, la referida norma señaló lo siguiente:

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

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

A su turno el artículo 38 ibídem dispuso:

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

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

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

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

El párrafo del artículo 2, del Decreto 1794 de 2000 a su vez señala:

“PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001 con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”

Sobre el particular, el Consejo de Estado a través de **sentencia de Unificación** fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para efectos de definir los casos puestos en conocimiento de esta jurisdicción⁶:

“(…) Reglas jurisprudenciales

“En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado **unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales,** y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

“Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁷ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

“Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁸ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,⁹ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

“Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación de agosto 25 de 2016, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. **Número de referencia:** CE-SUJ2 850013333002201300060 01. **Número interno:** 3420-2015.

⁷ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁸ Ib.

⁹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

“Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹⁰ y 174¹¹ de los Decretos 2728 de 1968¹² y 1211 de 1990,¹³ respectivamente (...)” (se resalta)

Así las cosas, quienes se vincularon como Soldados Voluntarios antes de diciembre 31 de 2000, y que en virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados como Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares se acogieron al régimen prestacional designado para éstos, pero conservaron, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 una **asignación salarial** mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

8.4.2. DEL SUBSIDIO DE FAMILIA PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES

La Ley 21 de 1982 en su artículo 1º definió el subsidio familiar como:

“(...) 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 resalta)

A su turno, el artículo 2º ibídem, establece que el subsidio familiar no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso, de lo que se extrae, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia como núcleo básico de toda sociedad.

En el caso de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar fue regulado por el Decreto 1794 de 2000 *“Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”*, en cuyo artículo 11 se dispuso:

¹⁰ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

¹¹ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹² Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹³ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

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

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

Luego, la disposición transcrita fue derogada por el artículo 1º del Decreto 3770 de 2009, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1º. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

“PARAGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

“PARAGRAFO SEGUNDO. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4 por ciento Salario Básico Mensual + 100 por ciento Prima de Antigüedad Mensual” (se resalta).

Queda claro hasta este momento, que inicialmente, todos los Soldados Profesionales en servicio activo que cumplieren los requisitos para ello, podían acceder al subsidio familiar otorgado con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; no obstante, con la expedición del Decreto 3770 de 2009, los uniformados mencionados fueron privados de la referida prestación, respetando los derechos adquiridos para aquellos que hubiesen devengado el subsidio familiar en vigencia del Decreto 1794 de 2000, esto es, hasta el momento de su retiro.

Posteriormente, el Decreto 4433 de 2004, fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluidos allí los Soldados Profesionales, respecto a las partidas computables para la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares. El artículo 13 de la norma en cita, dispuso lo siguiente:

“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 6º del presente Decreto.

“13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

“**13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.**

“13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

“**13.2 Soldados Profesionales:**

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

“13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

“**Parágrafo.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.” (se resalta).

A su turno, el artículo 16 ibídem, respecto a la asignación de retiro para soldados profesionales estableció:

“**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).

Así las cosas, se repite, solo devengan subsidio familiar los soldados profesionales que hayan adquirido tal prestación en vigencia del Decreto 1794 de 2000, pero aun así este emolumento solo será devengado hasta el momento de su retiro y no hará parte de las partidas computables para el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro.

Do otra parte, es del caso aclarar que respecto a los Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares ocurre lo contrario, puesto que el subsidio familiar por ellos devengado si es computable como partida para sus correspondientes asignaciones de retiro, según se desprende del tenor literal del artículo 13 el Decreto 4433 de 2004 transcrito.

Finalmente, el Gobierno Nacional expide el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014 “*Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones.*”, y sobre lo pertinente menciona:

“**Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.** Créase, a partir del **1 de julio de 2014**, para los **Soldados Profesionales** e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares **en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar** que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

“a) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;

“b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;

“c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

“(…) **Parágrafo 3. Los Soldados Profesionales** e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares **que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.**” (se resalta)

El mismo Decreto en su artículo 5 refiere:

“**Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales** e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.” (se resalta)

De lo anterior se puede concluir, que mediante el Decreto 1161 de 2014, nuevamente se creó a partir del 1 de julio de dicho año el subsidio familiar para los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y que el mismo se reconoció como partida computable para la asignación de retiro de estos, en un 70%.

Es del caso precisar que el subsidio familiar que es reconocido como partida computable de la asignación de retiro de Soldados Profesionales, es el creado mediante el Decreto 1161 de 2014, el cual excluye de su pago a los soldados que estuviesen devengando la misma prestación en atención a lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000 y que la mencionada ley solo tiene efectos a partir del 25 de junio de 2014, por lo que no es aplicable al caso concreto.

8.4.3. DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Como primera medida, se debe resaltar que el principio de igualdad se debe predicar de personas que se encuentran en iguales condiciones, pero ello no refiere a la plena y simple uniformidad, ya que representa la:

“(...) razonable disposición del derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes¹⁴(...)”

Así, la Corte Constitucional ha reiterado que no todo trato desigual o diferenciado conlleva discriminación, sino sólo aquel que carece de justificación objetiva y razonable. Por lo tanto, tal garantía se predica del trato equitativo que se debe otorgar a personas que se encuentren en situaciones equivalentes¹⁵.

Tal principio es desarrollado en el artículo 13 de la Constitución, como pilar de la sociedad organizada y del Estado Social de Derecho, el mismo, según la normatividad descrita, impone al Estado el deber de tratar a las personas de tal forma que las cargas y las ventajas sociales sean distribuidas de forma ecuánime entre ellos.

De otra parte, este deber se concreta en cuatro mandatos, según lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencia C-250 de 2012, de la siguiente forma:

“(...) del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables (...).”

Así, para poder determinar si en casos concretos se trasgrede el principio de igualdad, la misma Corporación ha diseñado un test de igualdad que deberá ser tenido en cuenta al momento de efectuar el análisis respectivo, así¹⁶:

“(...) La Corte Constitucional ha diseñado un test o juicio de igualdad, cuya importancia radica en que otorga objetividad y transparencia a los exámenes de igualdad que realizan los jueces sobre las normas y su fin no es otro que el de analizar si una norma trasgrede el principio de igualdad. La estructura analítica básica del juicio de igualdad puede reseñarse de la siguiente forma: (i) Lo primero que debe advertir el juez constitucional es si, en relación con un criterio de comparación, o tertium comparationis, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. En caso de que encuentre que son claramente distintas, no procede el test de igualdad; (ii) Si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines (...).”

Veamos qué ocurre entonces en el caso que nos ocupa, en relación con los temas analizados.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-387 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-081 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2009, C.P. Rodrigo Escobar Gil.

8.4.4. HECHOS PROBADOS

El Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso, y que surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las partes¹⁷.

Así las cosas, como hechos debidamente probados en el presente asunto, tenemos los siguientes:

- 8.4.4.1. Que el demandante, señor LUIS FERNANDEZ MINA, laboró al servicio del Ejército Nacional por un espacio de 20 años, 3 meses y 13 días, ostentando el grado de Soldado Regular desde febrero 6 de 1992, hasta agosto 15 de 1993; Soldado Voluntario desde el agosto 16 de 1993, hasta octubre 31 de 2003; y pasando a ser Soldado Profesional a partir de noviembre 1 de 2003 hasta julio 1 de 2012, según se desprende de su hoja de servicios¹⁸
- 8.4.4.2. Que estando en actividad, el demandante devengó los rubros correspondientes a sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad como soldado profesional, seguro de vida subsidiado y bonificación por orden público¹⁹.
- 8.4.4.3. Se acreditó, que mediante Resolución No. 3544 de junio 13 de 2012, al demandante le fue reconocida asignación de retiro a partir de junio 30 de 2012, teniendo en cuenta como partidas computables de la misma, únicamente el 70% del salario mensual en los términos del inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%; y el 38.5% de la respectiva prima de antigüedad. No se incluyó el subsidio familiar devengado en actividad como partida computable de la prestación de retiro²⁰.
- 8.4.4.4. Adicionalmente se probó que para realizar la respectiva operación aritmética a efectos de liquidar la asignación mensual de retiro del

¹⁷ Sobre la prueba documental y su valor probatorio, se puede consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de marzo de 2011, Rad. No. 20171, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁸ Folio 22.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Folios 2 y 3.

demandante en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la entidad sumó el sueldo básico mensual devengado por el actor (1 SMLMV incrementado en un 40%) a un 38.5% de la prima de antigüedad y al valor resultante le aplicó el correspondiente 70%, afectando entonces con este último porcentaje la mencionada prima²¹.

8.4.4.5. Finalmente se acreditó, que mediante petición radicada en febrero 16 de 2015 ante CREMIL, el señor LUIS FERNANDEZ MINA, a través de su apoderada judicial solicitó la misma reliquidación que a través de esta demanda se pretende, pero la entidad demandada atendió desfavorablemente su solicitud mediante el acto administrativo que aquí se demanda, agotándose con todo ello el procedimiento administrativo previo exigido como requisito de procedibilidad para acceder a esta jurisdicción²².

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

En atención a que el demandante solicita la reliquidación de su asignación de retiro bajo tres aspectos distintos, se analizará la prosperidad de las pretensiones de forma individual de la siguiente forma:

9.1. De la reliquidación de la asignación en cuanto al reajuste del salario básico tenido en cuenta para su reconocimiento

Según lo probado en el proceso, es claro que el actor ingresó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Regular desde febrero 6 de 1992, hasta agosto 15 de 1993, y se desempeñó como Soldado Voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, desde agosto 16 de 1993, hasta octubre 31 de 2003.

Asimismo, que en virtud del Decreto 1793 de 2000, el accionante fue incorporado como Soldado Profesional por disposición de sus superiores a partir de noviembre 1 de 2003, acogéndose al régimen prestacional definido por el Decreto 1794 de 2000 y desempeñándose en tal cargo hasta el momento de su retiro, incluyendo los tres meses de alta.

²¹ Folio 23.

²² Folio 4 a 11.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 217 superior, los miembros de las Fuerzas Militares, incluidos allí los Soldados Profesionales, cuentan con un régimen prestacional especial. Aunado a ello, estos últimos adquirieron el derecho a la asignación de retiro tan solo con la expedición de la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Así, con base en los criterios plasmados en la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expide el Decreto 4433 de 2004 y establece la forma de liquidar las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales y las partidas computables a tener en cuenta para tal fin de la siguiente forma:

*“**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:*

*“(…) **13.2 Soldados Profesionales:***

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

“13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

*“**Parágrafo.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.” (se resalta).*

A su turno, el artículo 16 ibídem dispuso:

*“**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)*

De los apartes normativos transcritos, se desprende que las partidas computables para el cálculo de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, son el salario mensual y la prima de antigüedad percibidos en actividad por el militar; no obstante, el artículo 16 ibídem menciona que el salario mensual que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación, es el indicado en el numeral 13.2.1, valga decir, el contenido en el inciso primero del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, que a la letra reza:

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

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

Es claro entonces para el Despacho, que la partida computable para liquidar las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales denominada “*salario mensual*” es la equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 40%.

Ahora, el actor pretende que dicha partida sea incrementada en un 20% adicional, esto es, que se tome 1 SMLMV incrementado en un 60%, ello en razón a que en virtud de la transición dispuesta en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 antes transcrito, este era el salario que debía percibir en actividad, si se tiene en cuenta que se vinculó a la institución castrense en el grado de Soldado Voluntario con anterioridad a diciembre 31 de 2000.

Lo cierto del caso es que al revisar la hoja de servicios del demandante²³, se puede determinar que el salario que percibió en actividad era el equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 40%, pues se indica que por tal concepto en el año 2012 devengó la suma de \$793.380, teniendo entonces que el SMLMV para tal calenda ascendió a \$566.700.00²⁴, que incrementado en un 40% arroja precisamente un total de \$793.380.00 M/Cte.

No tiene entonces fundamento la pretensión elevada por el demandante, referente a reliquidar su asignación de retiro con incremento de la partida computable de “*salario mensual*”, pues de todo lo expuesto, queda claro que tal rubro fue liquidado conforme a las disposiciones legales vigentes al momento de su retiro, esto es, artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, que indican que el salario mensual como partida computable para liquidación de asignación de retiro de Soldados Profesionales, será el que corresponde a 1 SMLMV incrementado en un 40% y no en un 60%, como lo pretende el demandante.

Ahora, no desconoce este juzgador que le asiste razón a la apoderada de la parte actora cuando refiere que según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, al señor LUIS FERNANDEZ MINA debió cancelársele un sueldo mensual

²³ Folio 22 frente y vuelto.

²⁴ Según Decreto 4919 de diciembre 26 de 2011.

en actividad hasta la fecha de su retiro, equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 60%, no obstante las pruebas dan cuenta de que el incremento realizado fue de tan solo el 40%, situación que genera una diferencia en favor del actor, pero **únicamente respecto al salario percibido en actividad**, no siendo esta una pretensión de la presente demanda y por ende imposibilitando al Despacho para decidir sobre la misma, en virtud de la aplicación del principio de congruencia que debe existir entre las pretensiones y lo que se decide en la sentencia, aunado a que si la pretensión estuviera dirigida en tal sentido, existiría una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el reconocimiento y pago de salarios en actividad es competencia de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y no de CREMIL.

En suma, la pretensión de reliquidación de asignación de retiro con incremento del salario básico tenido en cuenta para su reconocimiento, será denegada, por las siguientes razones a saber:

- i) Tal prestación, respecto a la partida computable denominada “*salario mensual*” se encuentra bien liquidada, conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2000, esto es, sobre 1 SMLMV incrementado en un 40%; aunado a esto;
- ii) El actor acreditó haber devengado en actividad un salario básico igual a 1 SMLMV incrementado en un 40%, siendo éste el que debe tenerse en cuenta para la respectiva liquidación, y no incrementado en un 60%, pues se repite la liquidación de la asignación de retiro debe basarse en los salarios efectivamente percibidos y en lo dispuesto en la hoja de servicios, y por ello, no podrán incluirse en ella conceptos que jamás fueron devengados por el beneficiario.

9.2. De la forma en que debe liquidarse la partida computable de prima de antigüedad en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales

Como se indicó anteriormente, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, están compuestas de dos (2) partidas computables, esto es, salario mensual y la prima de antigüedad.

Ahora bien, el artículo 16 ibídem, sobre la forma de liquidar las referidas partidas para el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro, establece que será:

“(...) 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 (...)” (Se resalta).

Teniendo en cuenta lo anterior, CREMIL al liquidar la asignación de retiro del demandante tomó el 70% de la sumatoria entre el sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, lo que quiere decir que afectó ambas partidas computables con el 70% en mención, según se desprende de la liquidación visible a folio 23 del expediente efectuada para el año 2015 y que se resume de la siguiente forma:

Sueldo Básico	\$902.090,00
Prima de Antigüedad 38.50%	\$347.304,65
Sumatoria del sueldo básico más la prima de antigüedad	\$1.249.395
Asignación de Retiro 70%	\$874.576

Así las cosas, la parte demandante solicita la reliquidación de su asignación de retiro en lo referente a la partida computable de prima de antigüedad, pues en su sentir, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, prevé que la asignación de retiro corresponde al 70% del salario básico, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, lo que implica que esa prima no se afecta con el 70%.

En efecto, al revisar el tenor literal de la norma, encuentra el Despacho que le asiste razón a la parte actora, pues la misma no ofrece duda al determinar que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe ser liquidada sobre el 70% del sueldo básico, adicionado con un 38,5% de la prima de antigüedad, sin que este último concepto se vea afectado por el mencionado 70%, pues de ser así se estaría efectuando una disminución doble a la mencionada prima que no está autorizada por la norma, que además se repite, goza de suficiente claridad.

Sobre el particular, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de diciembre 11 de 2014, determinó lo siguiente:

“(...) Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5 % de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado”.

“En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5 % de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo (...)” (se resalta)

Se destaca del aparte jurisprudencial transcrito y de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que el cálculo que allí se indica para la asignación de retiro, no parte del salario, sino del 70% del mismo, al cual se le debe adicionar o sumar un 38.5% de la prima de antigüedad, que no puede afectarse con el referido 70%.

Deviene necesario entonces mencionar, que la fórmula de cálculo atendiendo el tenor de la norma y la certificación efectuada por la entidad²⁵, en armonía con la fecha a partir de la cual se produjo su asignación de retiro²⁶, debe ser el 70% del sueldo básico, que en este caso, es de \$862.400,00.

Es decir, equivale a $\$902.090 \times 70 \% = \631.463

A dicho valor, se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad, que es de \$347.304,00, sin aplicarle ningún porcentaje adicional, por lo que la asignación de retiro que ha debido liquidarse para el año 2015 (fecha de la respectiva certificación), en favor del demandante, equivale a \$ 978.767, en la siguiente forma:

Sueldo Básico	\$902.090,00
Sueldo Básico 70%	\$631.463,00
Más Prima de Antigüedad 38.50%	\$347.304,30
Total asignación de retiro	\$978.767,00

En este orden de ideas, evidencia el Despacho que el **Oficios 10019 de febrero 19 de 2015**, proferido por CREMIL, está viciado de falsa motivación, puesto que se dio una aplicación errada a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, norma que establece la manera en que ha de liquidarse la asignación de retiro para el presente caso, precisamente en la forma como se liquidó la partida computable de prima de antigüedad, siendo necesario nulitar parcialmente el acto demandado en lo que sobre el particular corresponde y realizar el respectivo restablecimiento del derecho.

²⁵ Según certificación obrante a folio 23 del expediente, vigente para el año 2015.

²⁶ Junio 30 de 2012 (f. 2 y 3).

9.3. De la solicitud de inclusión del subsidio familiar como partida computable a la asignación de retiro

Sobre esta pretensión, debe indicarse que el compendio normativo expuesto con anterioridad, es claro al determinar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, numeral 13.1.7 otorga la facultad de tener el subsidio familiar como partida computable a la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, mientras que el numeral 13.2 del mismo artículo, en anuencia con el artículo 16 ibídem no permiten que esa prestación sea computada para las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales que hacen parte de las mismas Fuerzas Militares.

Por lo anterior, se denota una clara discriminación respecto a los Soldados Profesionales que en servicio activo devengaron el referido subsidio familiar y no les fue computado el mismo para su asignación de retiro, pues para este Despacho no existe una razón jurídicamente justificable para dicho trato inequitativo.

Recuérdese que el subsidio familiar fue instituido para beneficiar a los trabajadores que devengan una baja remuneración, así, el artículo 1 de la Ley 21 de 1982 estableció el mismo como una prestación concebida con la finalidad de apoyar a la cabeza del núcleo familiar, trabajador de menor o mediano ingreso, en el sostenimiento de las personas a su cargo entre las que se encuentran el cónyuge o compañera (o) e hijos.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-440 de 2011, con ponencia del magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, respecto a la finalidad del subsidio familiar mencionó:

*“(...) De este modo, el subsidio familiar opera en Colombia, como una prestación laboral, a cargo de los empleadores, mediante un sistema de recaudo y reparto a través de las cajas de compensación familiar. Se desenvuelve dentro del contrato de trabajo, como una prestación obligatoria, establecida en la ley con un componente de solidaridad **orientado a brindar protección especial a los trabajadores de más bajos ingresos, en función de las personas que tengan a cargo.***

*“Así, ha dicho la Corte, **el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar (...).**” (se resalta)*

En estos términos, el subsidio familiar fue erigido para beneficiar al trabajador de bajos ingresos y a su núcleo familiar, de allí que no pueda aceptar este juzgador una posición normativa que determine que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares

poseen derecho a que el subsidio familiar por ellos devengado en actividad les sea computado para incrementar el monto de su asignación de retiro y que lo mismo no ocurra con los Soldados Profesionales que en actividad devengaron el mismo rubro, cuando estos son quienes se encuentran más abajo en la escala de remuneración.

Respecto a este tema específico, el Consejo de Estado en sentencia de diciembre 9 de 2013, expediente 11001-03-15-000-2013-01821-00, actor: JOSÉ NARCÉS LÓPEZ BERMÚDEZ, puntualizó lo siguiente:

“(...) Con base en lo expuesto, la sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se observa que el “subsidio familiar” es una partida computable para los oficiales y suboficiales (...) “en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro”, es decir, que sí lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

“En efecto, el artículo 13 del decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los oficiales y suboficiales, empero, no la incluyó para los soldados profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

“Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los oficiales y suboficiales que se encuentran en un rango salarial más alto que los soldados profesionales.

“Así pues, a la luz de la carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004, haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la fuerza pública que tienen una mejor categoría –los oficiales y suboficiales dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los soldados profesionales.

“En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, también lo es que, en el sub lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los soldados profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las fuerzas militares, siendo el sector que en realidad lo necesita (...)” (se resalta).

Por lo anterior es dable aseverar que existe un trato desigual entre Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales del Ejército, pues a los primeros se les está otorgando un beneficio que inicialmente debería favorecer a los referidos soldados por ser quienes ostentan el menor grado y quienes perciben una remuneración salarial más baja.

El referido trato inequitativo para los Soldados Profesionales inició con la expedición del Decreto 3770 de 2009, cuyo artículo primero derogó la disposición que les permitía a los mismos devengar el correspondiente subsidio familiar y la prueba fehaciente de dicha desigualdad es precisamente el Decreto 1161 de 2014 a través del cual se otorgó nuevamente a los Soldados Profesionales la posibilidad de devengar el subsidio

familiar, y aún más, se le concedió a este la facultad de ser partida computable para la respectiva asignación de retiro, no obstante dicha norma no favorece al actor por no encontrarse vigente al momento de su retiro.

Ahora bien, es del caso reiterar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 permite que el subsidio familiar sea computado para la asignación de retiro de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y respecto a los soldados solo permite el computo del salario mensual y la prima de antigüedad, excluyendo el referido subsidio; finalmente, el párrafo del mencionado artículo menciona:

*“(...) **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 (...)”*

En esta medida, esta disposición para el caso concreto riñe con el principio de igualdad dispuesto en el artículo 13 superior, pues no permite la inclusión del subsidio familiar como partida computable para las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales cuando expresamente si se otorgó tal prerrogativa a uniformados del mismo cuerpo que ostentan grados más altos y por ende devengan una mayor remuneración.

Es del caso precisar que si bien no se puede efectuar un juicio de igualdad entre desiguales, esto es, oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para el caso concreto lo que se debe observar es la finalidad de la prestación que se reclama. Así, la desigualdad radica en que a uniformados del mismo cuerpo militar, que ostentan un rango más alto y devengan una mayor remuneración que los Soldados Profesionales se les permite el computo del subsidio familiar como partida para incrementar su asignación de retiro, mientras que a éstos últimos no, siendo que precisamente esa prestación fue creada para favorecer a los empleados con remuneraciones bajas y a su núcleo familiar como lo son los Soldados Profesionales.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el actor adquirió el derecho a devengar el subsidio familiar en actividad, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000 y mantuvo dicha prerrogativa hasta el momento de su retiro (aun después de la expedición del Decreto 3770 de 2009) es acertado afirmar que el mismo, al igual que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, bajo la égida del principio de igualdad, tenía derecho a que en su asignación de retiro se computara la partida de subsidio familiar en la misma proporción en que venía siendo devengada en actividad.

Por lo anterior, se declarará la nulidad parcial del **Oficio 10019 de febrero 19 de 2015**, mediante el cual la entidad demandada negó entre otras cosas, la inclusión del subsidio familiar devengado por el actor, como partida computable a su asignación de retiro y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada reliquidar y pagar la misma incluyendo tal emolumento.

No obstante, previo a la declaratoria de nulidad y el reconocimiento referido, deberá darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4 de la Constitución Política en los siguientes términos:

9.3.1. De la Excepción de Inconstitucionalidad que se observa en el caso concreto

Previo al análisis específico es necesario precisar, que según lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política:

“(...) La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)”

Con base en lo anterior, tenemos que la excepción de inconstitucionalidad, es la facultad que la Constitución Política en su artículo 4° da a distintas autoridades, entre las cuales se encuentran los jueces de la república, para realizar la inaplicación de normas que la contraríen, valga decir, es un nuevo control de constitucionalidad, esta vez no efectuado de forma concentrada en cabeza de la Honorable Corte Constitucional, sino de manera difusa por el juez que realice el estudio de constitucionalidad de la respectiva norma, para aplicarlo al caso concreto.

Así, podemos afirmar que la figura de excepción de inconstitucionalidad posee una base jurídica construida a partir del artículo 4° superior, y se repite, refiere a la inaplicación de un canon dentro de un caso concreto, ante la inconstitucionalidad que dicho precepto supone en ese contexto en particular, y por ello sus efectos se circunscriben únicamente al preciso asunto en que se alega, valga decir, posee efectos inter partes.

Ahora bien, como quedo claro anteriormente, el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 es notoriamente inconstitucional frente al caso en estudio, ya que trasgrede directamente el principio de igualdad contenido en el artículo 13 superior, por lo cual se considera que previo a tomar la decisión de mérito correspondiente debe

efectuarse una inaplicación del mismo en virtud de la excepción de inconstitucionalidad estudiada.

Lo anterior, con el fin de poder incluir el subsidio familiar del actor como partida computable de su asignación de retiro, pues la disposición que regula el tema para los soldados profesionales lo impide y en tal virtud se inaplicará expresamente, por considerarla notoriamente inconstitucional.

9.4. Liquidación de la Condena

La liquidación deberá realizarse desde la fecha en que se reconoció el pago de la asignación de retiro del demandante, esto es, desde junio 30 de 2012, fecha a partir de la cual igualmente deberán pagarse las diferencias que resulten entre la asignación reconocida a través de la Resolución No. 3544 de junio 13 de 2012 y el resultado que arroje la reliquidación de la asignación que se efectuó con ocasión al cumplimiento de la presente providencia.

Se destaca que sobre las diferencias que puedan existir no es aplicable la prescripción trienal de que trata el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto la petición que interrumpió tal termino fue presentada en febrero 16 de 2015²⁷, es decir, cuando solo habían pasado un poco más de dos (2) años desde el reconocimiento prestacional y en razón a ello deberán ser canceladas en su totalidad.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

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

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

²⁷ Folios 4 a 7.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v. gr. asignación mensual de retiro o su diferencia, etc.), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Los intereses, si los hubiere, serán reconocidos en la forma señalada en el inciso 3º del artículo 192 y el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

10. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1º del artículo 365 ib.²⁸, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación²⁹:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)”** (se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

²⁸ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARARSE INHIBIDO para efectuar un pronunciamiento respecto a la solicitud de nulidad del **No. 16495 de marzo 16 de 2015**, según lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por el apoderado judicial de la entidad demandada, según lo expuesto.

TERCERO: INAPLICAR por inconstitucional, para el caso concreto, el **parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004**, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el **Oficio 10019 de febrero 19 de 2015**, proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL y mediante el cual se negó la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del demandante, respecto a la partida computable de prima de actividad y la inclusión del subsidio familiar en dicha prestación.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, reliquidar y pagar al S.L.P. ® LUIS FERNANDEZ MINA, identificado con CC. N° 16.498.796, la asignación de retiro bajo los siguientes parámetros:

- Teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, es decir, el 70% de la asignación básica mensual, más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin afectar la referida prima con el mencionado 70%.
- Incluyendo como partida computable de su asignación, el subsidio familiar en la misma proporción en que fue devengado por el demandante en actividad.

La liquidación deberá realizarse desde la fecha en que se reconoció el pago de la asignación de retiro del demandante, esto es, desde junio 30 de 2012, en los términos dispuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, pagar las diferencias que resulten entre la asignación reconocida mediante la Resolución No. 3544 de junio 13 de 2012 y el resultado que arroje la liquidación de la asignación que se efectuó con ocasión al cumplimiento de la presente providencia a partir de junio 30 de 2012.

SÉPTIMO: Las sumas a las cuales fue condenada la entidad demandada deberán ajustarse tomando en cuenta el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo señalado en el inciso final del artículo 187 del CPACA hasta el momento de la ejecutoria de esta providencia, en la forma como se indica en la parte considerativa de esta sentencia.

OCTAVO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, según lo expuesto.

DÉCIMO: Sin costas en esta instancia, por lo argumentado precedentemente.

DÉCIMO PRIMERO: En firme la presente sentencia se le comunicará a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del CPACA.

DÉCIMO SEGUNDO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez