

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

### SENTENCIA No. 107

Santiago de Cali, julio once (11) de dos mil diecisiete (2017).

<b>Medio de Control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral
<b>Radicación</b>	76001333300520150009700
<b>Demandante</b>	ALBAR DE JESÚS GARCÍA RESTREPO
<b>Demandado</b>	CREMIL
<b>Juez</b>	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 ALBAR DE JESÚS GARCÍA RESTREPO en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.

#### 1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo No. 2014-88669 de noviembre 19 de 2014 mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.
- 1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a lo siguiente:
  - 1.2.1. Reliquidar, reajustar y pagar la asignación de retiro, en la adecuada aplicación de la fórmula aritmética establecida para dicho fin en el artículo 13, numeral 13.2.1 y 13.2.2, y 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 1 y 2 del Decreto 1794 de 2000.
  - 1.2.2. Reconocer, reliquidar y pagar en la asignación de retiro del demandante lo pertinente al subsidio familiar en aras a la igualdad constitucional entre los que gozan de este beneficio y que igualmente son militares en retiro.

- 1.2.3. Pagar debidamente indexados los valores que correspondan de conformidad con la reliquidación solicitada.
- 1.3. Declarar la nulidad del acto administrativo No. 20145661119481: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de octubre 17 de 2014 mediante el cual el Ministerio de Defensa negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.
- 1.4. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, ordenar al Ministerio de Defensa –Grupo de Personal del Ejército Nacional lo siguiente:
  - 1.4.1. Modificar la hoja de servicios militares del demandante, en el factor salarial de acuerdo al párrafo segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 1980, informando esta novedad a CREMIL para que esta realice las modificaciones pertinentes y realice el reajuste a la asignación de retiro conforme al Decreto 4433 de 2004 artículo 13 numerales 13.2.1 y 13.2.

## **2. HECHOS**

- 2.1. El señor ALBAR DE JESÚS GARCÍA RESTREPO prestó sus servicios militares a la fuerza pública por más de 20 años, razón por la que le fue reconocida la asignación salarial mensual de retiro por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL en el grado de soldado profesional con resolución No. 3208 de mayo 24 de 2012.
- 2.2. En septiembre 26 de 2014 radicó ante CREMIL y en octubre 2 de la misma anualidad ante el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL solicitud de reliquidación de la asignación de retiro en los siguientes términos:
  - A. Existe una diferencia dejada de pagar, por un error en la fórmula de liquidación, ya que la entidad suma el sueldo básico y la prima de antigüedad del 38.5% y al resultado le calcula el 70%, lo cual va en contravía del párrafo segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.
  - B. No se incluyó como partida computable el subsidio familiar a que tiene derecho el demandante.
  - C. El Ministerio de Defensa Nacional –Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional no reportó en las hojas de servicios militares el factor salarial que le correspondía de acuerdo al párrafo segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 1980; además faltó indicar la partida de subsidio familiar que percibió en actividad y que igualmente corresponde reconocimiento y pago en retiro.
- 2.3. CREMIL respondió la petición negando lo solicitado, mediante acto administrativo No. 2014-88669 de noviembre 19 de 2014.

- 2.4.** El MINISTERIO DE DEFENSA respondió desfavorablemente la solicitud en comento mediante acto administrativo No. 20145661119481: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de fecha octubre 17 de 2014.
- 2.5.** La interpretación es errónea porque se sumó la asignación mensual y la prima de antigüedad y al resultado se le sacó el 70%, cuando la norma ibídem consagra que el 70% se saca de la asignación mensual y se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.
- 2.6.** Se excluyó como factor salarial el subsidio familiar que devengó el actor en servicio activo, vulnerándose el derecho fundamental a la igualdad frente a los oficiales suboficiales de la institución a quienes si se les incluye dicho concepto en la base de liquidación de la asignación de retiro.

### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La apoderada de la parte actora menciona y transcribe las siguientes normas:

- Ley 131 de 1985: Artículo 2, que trata sobre la remuneración del servicio militar voluntario.
- Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares - Artículos 5, 38 y 42.
- Decreto 1794 de 2000: Artículos 1, 2 y 11, a través de los cuales se establece la asignación salarial mensual, prima de antigüedad y subsidio familiar para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, respectivamente.
- Decreto 4433 de 2004, mediante el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública –Art. 13 y 16-.

Refiere que el Decreto 1794 de 2000, contempla una prerrogativa para los soldados que venían vinculados en virtud de la Ley 131 de 1985, esto es, como soldados voluntarios, a quienes se les mantendría como retribución del servicio un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento. De igual manera el Decreto 4433 de 2004, señaló las condiciones para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro de dichos miembros de las Fuerzas Militares.

Sostiene que la entidad demandada desconoce el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 por cuanto sumó la asignación mensual y el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad y a ese resultado le sacó el 70%, cuando la interpretación correcta, es que el 70% sólo se debe aplicar al salario mensual y no a las dos partidas computables.

Argumenta que en virtud del principio de favorabilidad, el operador judicial debe aplicar la interpretación más favorable al trabajador cuando la normas ofrezca varias exegesis.

Hace mención del derecho a la igualdad que tienen los soldados profesionales frente a los Oficiales y Suboficiales retirados a quienes si se les incluye el subsidio familiar como

partida computable para la asignación de retiro. Para ello, destaca el artículo 2º del Decreto 4433 de 2004, que respeta los derechos adquiridos de quienes a la entrada en vigencia de esa norma hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o una pensión de invalidez, o a su sustitución, o una pensión de sobrevivencia; también el artículo 13 ibídem que fija las partidas computables para la liquidación de tales prestaciones.

Resalta que para la fecha de vigencia del Decreto 3770 de septiembre 30 de 2009, por el cual fue derogado el artículo 11 de la Ley (sic) 1794 de 2000, que regulaba el subsidio familiar para los soldados profesionales, el actor había adquirido el derecho a seguir devengando el mismo en cuantía del cuatro por ciento.

Refiere que en el Decreto 4433 de 2004 no se incluyó como partida de la asignación de retiro de los soldados profesionales el subsidio familiar, como si lo estableció para los Oficiales y Suboficiales. Sin embargo hay soldados que gozan de dicha prebenda por ser un derecho adquirido, como es el caso del demandante; por lo tanto el análisis de igualdad debe realizarse sobre los soldados que tienen el derecho adquirido al subsidio familiar como parte de su asignación básica en el servicio activo.

Cuestiona por qué existe un trato diferencial para los oficiales y suboficiales que gozan de un nivel salarial superior al de los soldados profesionales, aspecto diferencial que no tiene justificación explícita en la norma, ni tiene un fin constitucional. Incluso, dice, que el sentido de la norma en comento es contrario a los principios consagrados en la Ley 923 de diciembre 30 de 2004.

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

Concluye que atendiendo que el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, viola el principio constitucional de igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, se debe inaplicar dicho párrafo, que impide utilizar otros factores en la asignación de retiro, haciendo la salvedad que en cuanto a los soldados e infantes de marina profesionales que tenga como derecho adquirido el subsidio familiar, este será una partida computable para efectos de calcular su asignación de retiro.

Plasma elucubraciones sobre la prescripción extintiva establecida en los Decretos 1212, 1213 y 1214 de 1990, coligiendo que el derecho a la pensión es imprescriptible, que la institución de la prescripción sólo opera respecto de mesadas no reclamadas, lo cual no significa que se extinga el derecho.

## **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **4.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL:**

La apoderada de CREMIL, planteó las siguientes excepciones:

#### **LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR CREMIL –CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES:**

En desarrollo de las Constituciones Políticas de 1886 y de 1991, se han proferido diferentes disposiciones legales que reglamentan y organizan la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son los Decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984, 1211 de 1990 y 2070 de 2003, encontrándose en la actualidad vigente el decreto penúltimo mencionado, modificado en algunos apartes por el Decreto Ley 1790 de 2000, y el Decreto 4433 de 2004.

#### **NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD:**

En el presente caso no ha vulnerado el derecho a la igualdad por cuanto fue el legislador a través del Decreto 4433 de 2004 quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, norma que no ha sido objeto de demanda de legalidad, y a CREMIL le está vedado efectuar interpretaciones de las normas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas. Además, el derecho a la igualdad sólo se predica entre iguales.

#### **INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO 40-60 %:**

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%, la apoderada 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.

Arguye que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, se encuentran las partidas computables, donde se enuncia el sueldo básico y la prima de antigüedad, sueldo básico que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se incrementará en un 40%.

#### **INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE:**

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 adicionales como en un momento dado podría ser el subsidio familiar.

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.

#### **NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUEZAS MILITARES:**

Porque esa entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las súplicas de la demanda.

#### **NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD:**

En el caso bajo estudio no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos y, por el contrario, las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

#### **4.2. EJÉRCITO NACIONAL:**

Su apoderado realizó su defensa mediante las siguientes excepciones:

#### **CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA:**

Las Fuerzas Militares contaban con un grupo de soldados voluntarios, a quienes se les aplicaba la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991, éstos no tenían la calidad de empleados o servidores y en esa medida sólo recibían una bonificación, más nunca se les reconoció salario ni prestaciones sociales.

A través del Decreto 1794 de 2000 se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que también dio la oportunidad a los soldados voluntarios, para que se cambiaran a este nuevo régimen.

Por lo tanto, los soldados voluntarios al cambiar de régimen ya no reciben una bonificación, sino salario y prestaciones sociales, para lo cual resultaba necesario hacer la consecuente nivelación salarial con los soldados que desde un comienzo se habían incorporado como profesionales, teniendo en cuenta que si a los soldados voluntarios se les dejaba el mismo valor de la bonificación que recibían antes, entonces se rompería el principio de igualdad respecto de los soldados profesionales que existían y que se habían vinculado con el Decreto 1793 de 2000. Empero, en ningún momento aquéllos fueron desmejorados.

#### **INACTIVIDAD INJUSTIFICADA DEL INTERESADO –PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES:**

Advierte que el demandante pasó de soldado voluntario a soldado profesional en noviembre de 2003, siendo retirado por derecho a sueldo de retiro en el año 2012.

Durante el mencionado periodo 2003-2012 ni posteriormente el demandante manifestó inconformidad con el tránsito de soldado voluntario a soldado profesional, por lo que existe prescripción de derechos laborales por cuanto transcurrieron más de 4 años para instaurar la demanda.

Luego entonces, dice, que para resolver el *sub judice* se debe acudir al término prescriptivo de cuatro (4) años que contempla el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990

Frente al caso concreto señala que cuando el demandante refiere que a los soldados voluntarios se les desmejoró su salario, incurre en equivocación porque olvida que lo que se hizo fue una “redistribución de los ingresos” de tal suerte que los derechos prestacionales que ahora se les están reconociendo, en virtud de la nueva categoría de soldados profesionales, quedarán garantizados.

Con relación al subsidio familiar destaca que hasta el año 2000 los soldados profesionales no tenían subsidio familiar; fue a través del Decreto 1794 de 2000 que se consagró este beneficio para quienes estuvieran casados o con unión marital de hecho vigente, equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Indica que enero de 2001 se incorporó por primera vez en la categoría de soldados profesionales a un grupo de personas en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000; a su vez, al personal que tenía la categoría de soldado voluntario se le cambió su denominación a partir de noviembre 1 de 2003, para dejar una única categoría de soldados e igualmente que

quedaran todos amparados con los beneficios prestacionales establecidos en el Decreto 1794 de 2000.

Colige que al no existir a la fecha soldados voluntarios, la Ley 131 de 1985 perdió aplicabilidad.

Cita dos sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, una de fecha mayo 30 de 2012, dictada dentro del radicado 2010-00495-01, y la otra de mayo 17 de 2012 proferida dentro del radicado 2011-00152, en las que se negaron las pretensiones de la demanda consistentes en que la asignación básica del demandante se liquidara sobre un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% y sobre un 40%. Igualmente, transcribe algunos apartes de un fallo de tutela emitido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, adiado septiembre 13 de 2012, en relación con este mismo tema.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **7.1. Parte demandante**

La apoderada de la parte demandante se ratifica en lo expuesto en el escrito de demanda.

### **7.2. Parte demandada**

#### **7.2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL**

La apoderada de CREMIL se ratifica en lo expuesto en su contestación de demanda, en concordancia con lo afirmado por el Comité de Conciliación de la entidad.

#### **7.2.2. EJÉRCITO NACIONAL**

Se ratifica en todos y cada uno de los puntos de la contestación de la demanda, con los que busca que el despacho profiera una sentencia favorable a los intereses de su representada.

### **7.3. Ministerio Público**

Refiere que son tres pretensiones las que formula la parte demandante, y se pronuncia sobre ellas de la siguiente forma:

Respecto al reajuste de la asignación de retiro, le asiste razón al demandante en equivalencia al 70% del salario mensual, adicionado con el 38% de la prima de antigüedad.

En relación a la inclusión del subsidio familiar, no existe razón para excluir dicha partida en la asignación del demandante, razón por la cual solicita inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por Inconstitucional y acceder a esta pretensión.

Finalmente en lo referente al reajuste del 20% como soldado voluntario, manifiesta que le asiste razón al demandante, pero RESALTÓ que CREMIL, no es la entidad encargada, sino que dicho pago es potestad del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

Por lo anterior, solicita se acceda a las pretensiones.

Sustenta su concepto en normatividad y jurisprudencia aplicables al caso concreto.

## **6. CONSIDERACIONES**

### **6.1. 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.

### **6.2. 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 inciso segundo 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.

### **6.3. 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.

#### **6.4.1. 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 jurisdicción<sup>1</sup>:

#### **“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,<sup>2</sup> 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,<sup>3</sup> 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,<sup>4</sup> 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 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 10<sup>5</sup> y 174<sup>6</sup> de los Decretos 2728 de 1968<sup>7</sup> y 1211 de 1990,<sup>8</sup> 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%).

#### **6.4.2. 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

<sup>1</sup> 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. **Numero interno:** 3420-2015.

<sup>2</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>3</sup> Ib.

<sup>4</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>5</sup> “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

<sup>8</sup> Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

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:

**“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, 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. Así, respecto a las partidas computables para la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, su artículo 13 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 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

### **13.2 Soldados Profesionales:**

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

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

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

#### **6.4.3. 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 existentes<sup>9</sup>.”*

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-387 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz

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 equivalentes<sup>10</sup>.

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<sup>11</sup>:

*“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.”*

#### **6.4.4. 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 partes<sup>12</sup>.

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

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-081 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2009, C.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>12</sup> 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.

- 6.4.4.1. Que el demandante, señor ALBAR DE JESÚS GARCÍA RESTREPO, laboró al servicio del Ejército Nacional por un espacio de 20 años, 3 meses y 2 días, ostentando el grado de Soldado Regular desde septiembre 19 de 1991 hasta diciembre 4 de 1992; Soldado Voluntario desde mayo 1 de 1993 hasta octubre 31 de 2003; y pasando a ser Soldado Profesional a partir de noviembre 1 de 2003 hasta marzo 30 de 2012, según se desprende de su hoja de servicios<sup>13</sup>.
- 6.4.4.2. 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 público<sup>14</sup>.
- 6.4.4.3. Se acreditó, que mediante Resolución No. 3208 de mayo 24 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, en otros términos, no se incluyó el subsidio familiar devengado en actividad como partida computable de la prestación de retiro<sup>15</sup>.
- 6.4.4.4.** Adicionalmente se probó que para realizar la respectiva operación aritmética a efectos de liquidar la asignación mensual de retiro del 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 prima<sup>16</sup>.
- 6.4.4.5. Se acreditó, que mediante petición radicada en septiembre 26 de 2014 ante CREMIL, el demandante, 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 jurisdicción<sup>17</sup>.
- 6.4.4.6. Asimismo, que a través de petición radicada en octubre 2 de 2014 ante el Comando del Ejército Nacional, el demandante, a través de apoderada, solicitó a dicha entidad, modificar su hoja de servicios militares en el factor salarial de acuerdo al parágrafo segundo del artículo 1 del Decreto

---

<sup>13</sup> Folio 13.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Folio 64, 68 vuelto y 69 frente.

<sup>16</sup> Folio *ibídem*.

<sup>17</sup> Folios 2, 3 y 6.

1794 de 2000, informando tal novedad a CREMIL para que ésta realice las modificaciones pertinentes y reajuste la asignación de retiro. La entidad peticionada dio respuesta negativa a lo requerido<sup>18</sup>.

## 7. 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:

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

Se tiene que el señor ALBAR DE JESÚS GARCÍA RESTREPO, pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 20145661119481: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de octubre 17 de 2014**, mediante el cual la entidad demandada negó la modificación de su hoja de servicios militares en el sentido de reajustar su asignación básica con incremento de un 20% en atención a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985 e inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000 y a su vez, es decir, que su asignación básica mensual esté conformada por un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) y en un cuarenta por ciento (40%) como aparece en dicho documento; ello, con el fin de que CREMIL proceda a reajustar su asignación de retiro teniendo en cuenta ese incremento del veinte por ciento (20%)<sup>19</sup>.

Del compendio normativo y jurisprudencial expuesto con anterioridad y de conformidad con el material probatorio allegado al expediente, se encuentra acreditado que el señor GARCÍA RETREPO prestó su servicio militar obligatorio desde septiembre 19 de 1991, hasta diciembre 4 de 1992, y se desempeñó como Soldado Voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, desde mayo 1 de 1993 hasta octubre 31 de 2003; para finalmente ostentar la calidad de Soldado Profesional desde noviembre 1 de 2003, hasta la fecha de su retiro.

Significa entonces, que el demandante prestó su servicio militar obligatorio en vigencia de la Ley 131 de 1985 y que en atención a lo dispuesto en su artículo segundo, continuó vinculado a las Fuerzas Militares en calidad de Soldado Voluntario hasta octubre 31 de 2003, para posteriormente, a partir de noviembre 1 de 2003 incorporarse como Soldado Profesional conforme a lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000, razón suficiente para determinar que en toda su vida laboral como soldado debió percibir como salario básico el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo, y no en un 40% como se encuentra acreditado que ocurrió, si se tiene en cuenta que según la documentación probatoria allegada al plenario<sup>20</sup>, para marzo de 2012 devengó un salario igual a 793.380, y que para tal

---

<sup>18</sup> Folios 7 a 9.

<sup>19</sup> Folios 7 a 9 del expediente.

<sup>20</sup> Folio 13.

calenda el SMLMV fue de \$566.700.00<sup>21</sup>, que incrementado en un 40% arroja precisamente un total de \$793.380.00 M/Cte.

Por lo tanto, considera el Despacho que le asiste razón al demandante al argumentar que sufrió un deterioro salarial del 20% desde el momento en que fue incorporado al servicio castrense como Soldado Profesional, pues desde tal calenda ha percibido un sueldo básico equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% del mismo, siendo que en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000 debió recibir por tal concepto una suma igual a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

De lo anterior puede colegirse que si el salario básico del demandante estuvo mal liquidado desde que fue incorporado como soldado profesional, en consecuencia su asignación de retiro corrió con la misma suerte, pues esta última como bien lo indica la norma, se liquida tomando como partidas computables tanto el salario mensual como la prima de antigüedad. Por lo tanto, se debe determinar la incidencia que ese deterioro salarial tuvo en la asignación de retiro percibida por el demandante.

Por manera que, para establecer si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación de su asignación de retiro en razón al incremento salarial que le asiste, debe el Despacho estudiar las normas que gobiernan el reconocimiento de tal asignación en tratándose de Soldados Profesionales.

Sea lo primero destacar que los soldados profesionales adquirieron el derecho a la asignación de retiro 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.

A su vez, con base en la mencionada Ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, mediante el cual estableció 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 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.**

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

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

A su turno, el artículo 16 ibídem dispuso:

---

<sup>21</sup> Según Decreto 4919 de 2011.

**“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)

Del prementado marco normativo, se deduce que las partidas computables para la liquidación 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 referido artículo 16 señala que el salario mensual que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación, es el indicado en el numeral 13.2.1 del artículo 13 ibídem, esto es, el contenido en el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que textualmente consagra:

**“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%).”*

De la interpretación armónica de las normas antes destacadas, se colige 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%.

No obstante, 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 1º del Decreto 1794 de 2000 transcrito, éste 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 al 31 de diciembre de 2000 como se advirtió líneas arriba.

Ocurre entonces, que pese a que en el proceso el demandante acreditó haber tenido el derecho en actividad a devengar por concepto de asignación básica o salario mensual el equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 60% del mismo, al momento de liquidar su prestación de retiro, el numeral 13.2.1 del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 solo permiten que sea tenido en cuenta el equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 40%. , esto es, disminuyen en un 20% el incremento que debe ser tenido en cuenta para la respectiva asignación de retiro.

Esta situación es distinta a lo que acontece con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares a quienes en virtud de lo establecido en el numeral 13.1.1 del mismo artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se les permite tener en cuenta la totalidad de la asignación básica percibida en actividad como partida computable para sus asignaciones de retiro, generándose con ello un trato desigual entre Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales del Ejército favorecidos por la transición dispuesta en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, pues a los primeros se les está otorgando un beneficio que también debería favorecer a los referidos

soldados por ser quienes ostentan el menor grado y quienes perciben una remuneración salarial más baja.

Nótese que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 permite que la asignación básica en su totalidad sea computada para la asignación de retiro de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y respecto a los Soldados Profesionales solo permite el computo del salario mensual incrementado en un 40% a pesar de que existen casos particulares como el del demandante en los que se tenía derecho a un salario mensual incrementado en un 60% del mismo, excluyendo como partida computable ese 20% adicional.

En esta medida, las frases "en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000" e "indicado en el numeral 13.2.1" contenidas en el numeral 13.2.1 del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 respectivamente, para el caso concreto riñen con el principio de igualdad dispuesto en el artículo 13 superior, pues no permiten la inclusión de la totalidad del salario como partida computable para las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales cobijados por la transición dispuesta en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 cuando expresamente si se otorgó tal prerrogativa a uniformados del mismo cuerpo que ostentan grados más altos y por ende devengan una mayor remuneración, como es el caso de los Oficiales y Suboficiales.

Es del caso precisar que si bien no se puede efectuar un juicio de igualdad entre desiguales, esto es, Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales<sup>22</sup>; 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 de la totalidad de su asignación básica como partida para incrementar su asignación de retiro, mientras que a éstos últimos no, siendo que perciben remuneraciones salariales más bajas.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el actor adquirió el derecho a devengar en actividad una asignación básica equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 60% del mismo, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y mantuvo dicha prerrogativa hasta el momento de su retiro; 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 salario mensual en la misma proporción a que tenía derecho en actividad, es decir, 1 SMLMV incrementado en un 60% del mismo.

En consecuencia, previo a la declaratoria de nulidad y el restablecimiento del derecho solicitado frente a CREMIL, el Despacho dará aplicación a la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4 de la Constitución Política en los siguientes términos con relación a las expresiones "en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000" e "indicado en el numeral 13.2.1" contenidas en el numeral 13.2.1 del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004

---

<sup>22</sup> Cobijados por la transición dispuesta en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, los que tenían derecho salarialmente a percibir un SMLMV incrementado en un 60%, como ocurre con el demandante.

respectivamente, por ser notoriamente inconstitucionales frente al caso que nos ocupa, toda vez que trasgreden directamente el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política.

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

Tal como se expuso precedentemente, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se liquidan tomando en cuenta dos partidas computables: el salario mensual y la prima de antigüedad.

Por su parte, el artículo 16 del decreto en cita, sobre la forma de liquidar las referidas partidas computables, indicó que la asignación de retiro 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 del 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 64 vuelto del expediente efectuada para los años 2011 y 2012 y que se resume de la siguiente forma:

	<b>2011</b>	<b>2012</b>
Sueldo Básico	\$749.840.00	793.380.00
Prima de Antigüedad 38.50%	\$288.688.40	305.451.30
<b>Sumatoria del sueldo básico más la prima de antigüedad</b>	<b>\$1.038.528.40</b>	<b>1.098.831.30</b>
<b>Asignación de Retiro 70%</b>	<b>\$726.970</b>	<b>769.182</b>

La pretensión del demandante consiste en que se relique 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%.

Evidentemente, 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 liquidación efectuada por la entidad<sup>23</sup>, en armonía con la fecha a partir de la cual se produjo su asignación de retiro, debe ser el 70% del sueldo básico, que en este caso sería:

- \$793.380.00 (SMLMV + 40%) x 70% = \$555.366
- \$906.720.00 (SMLMV + 60%) x 70% = \$634.704

A dichos valores, se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad, que es de \$305.451.30 –si se toma el SMLMV incrementado en un 40%- o de \$349.087.20 –si se toma el SMLMV incrementado en un 60%-, sin aplicarle ningún porcentaje adicional, por lo que la asignación de retiro que ha debido liquidarse para el año 2012<sup>24</sup>, en favor del demandante, equivale a \$ 860.817.30 o \$983.791.20, en la siguiente forma:

	<b>SMLMV + 40%</b>	<b>SMLMV + 60%</b>
Sueldo Básico	\$793.380.00	906.720.00
Sueldo Básico x 70%	\$555366.00	634.704.00
Más Prima de Antigüedad 38.50%	\$305.451.30	349.087.20
<b>Total asignación de retiro</b>	<b>\$860.817.30</b>	<b>983.791.20</b>

En este orden de ideas, evidencia el Despacho que el **Oficio 2014-88669 noviembre 19 de 2014**, 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

<sup>23</sup> Obrante a folio 64 del vuelto del expediente, vigente para el año 2012.

<sup>24</sup> Según la Resolución No. 3208 de mayo 24 de 2012, la asignación de retiro se reconoció a partir de junio 30 de 2012

prima de antigüedad, siendo necesario nulificar el acto demandado y realizar el respectivo restablecimiento del derecho.

### **7.3. 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 armonía 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, puntualizó lo siguiente:<sup>25</sup>

*“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.

Conforme antes se dijo, 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:

---

<sup>25</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, sentencia de diciembre 9 de 2013, expediente 11001-03-15-000-2013-01821-00, actor: JOSÉ NARCÉS LÓPEZ BERMÚDEZ.

**“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 del **Oficio 2014-88669 de noviembre 19 de 2014**, 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:

#### **7.4. 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.

Bajo los indicados parámetros, tal como se consignó párrafos arriba, el Despacho dará aplicación a la excepción de inconstitucionalidad de que trata el artículo 4 de la Constitución Política respecto de las frases "en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000" e "indicado en el numeral 13.2.1" contenidas en el numeral 13.2.1 del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 respectivamente, por ser notoriamente inconstitucionales frente al caso que nos ocupa, toda vez que trasgreden directamente el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, en la medida que a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que ostentan un rango más alto y devengan una mayor remuneración que los Soldados Profesionales se les permite el computo de la totalidad de su asignación básica como partida para incrementar su asignación de retiro, mientras que a éstos últimos no, siendo que perciben remuneraciones salariales más bajas; es decir, que las aludidas normas no permiten a los soldados profesionales que tienen derecho al incremento de la asignación básica en actividad del 20%, que ello se vea reflejado en la asignación de retiro, puesto que sólo autorizan computar el salario básico mensual equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 40%, no obstante el soldado profesional haya percibido en actividad un salario básico mensual superior, esto es, el equivalente a 1 SLMLMV incrementado en un 60%.

De otra parte, se aplicará la misma excepción en relación con el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, dado que, como quedo explicado anteriormente, 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 la inaplicación del mismo.

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 aquí se inaplicará lo impide expresamente, de allí que sea notoriamente inconstitucional frente al caso *sub examine*.

## **7.5. 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. 3208 mayo 24 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 término fue presentada en septiembre 26 de 2014<sup>26</sup>, es decir, cuando solo habían pasado un poco más de dos (2) años desde la causación del derecho a la asignación de retiro<sup>27</sup>, 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).

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.

## 8. 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.<sup>28</sup>, 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 interpretación<sup>29</sup>:

---

<sup>26</sup> Folios 2 y 3.

<sup>27</sup> En la Resolución No. 3208 de mayo 24 de 2012, vista a folio 10 y 11 del expediente, consta que el derecho se reconoció a partir de junio 30 de 2012.

<sup>28</sup> Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

<sup>29</sup> 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.**

*“(...) 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.

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: DECLARAR** no probadas las excepciones de fondo propuestas por los apoderados judiciales de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL y de la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL, según lo expuesto.

**SEGUNDO: INAPLICAR** por inconstitucional, para el caso concreto, las frases: “*en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000*” e “*indicado en el numeral 13.2.1*” contenidas en el numeral 13.2.1 del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 respectivamente; asimismo el **parágrafo del artículo 13 del mencionado decreto**, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio** 20145661119481: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de octubre 17 de 2014, proferido por el Jefe Procesamiento Nómina del Ejército Nacional y mediante el cual negó la modificación de la hoja de servicios militares del demandante, en el sentido de

reflejar que éste percibió en actividad un salario mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

**CUARTO: A TÍTULO** de restablecimiento del derecho se **ORDENA** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL que modifique la hoja de servicios militares del señor ALBAR DE JESUS GARCÍA RESTREPO, en el sentido de que en ella se refleje que éste percibió en actividad un salario o sueldo básico mensual equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo.

**QUINTO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio 2014-88669** de noviembre 19 de 2014, 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, incluyendo como partida computable un salario básico equivalente a un (1) SMLMV incrementado en un 60% del mismo, así como el subsidio familiar, además modificando la fórmula de cálculo de la prima de antigüedad.

**SEXTO:** A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL, reliquidar y pagar al S.L.P. ® ALBAR DE JESÚS GARCÍA RESTREPO, identificado con CC. N° 18.465.555, la asignación de retiro bajo los siguientes parámetros:

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

**SÉPTIMO: ORDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, pagar las diferencias que resulten entre la asignación reconocida mediante la Resolución No. 3208 de mayo 24 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 junio 30 de 2012.

**OCTAVO:** Las sumas a las cuales fue condenada CREMIL 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.

**NOVENO: 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.

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

**DÉCIMO PRIMERO:** En firme la presente sentencia se le comunicará a las entidades demandada y vinculada, 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