



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veintiuno (21) de abril del dos mil veintitrés (2023)

Acción:	NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación:	73001 33 33 010 2022 00036 00
Demandante:	ALEXANDER LOAIZA HINCAPIÉ
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO
Tema:	inclusión subsidio familiar en liquidación de cesantías
Asunto	Sentencia

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia inicial adelantada el pasado **2 de marzo del cursante**, donde se manifestó que a efectos de evitar cualquier nulidad dentro del trámite procesal **no se daría el sentido del fallo**, el cual acorde con lo señalado en el numeral 3º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 sería proferido dentro de los treinta (30) días siguientes, en virtud de que, se estaba a la espera del acta del Comité de Conciliación de la entidad accionada la cual fue allegada, procede el despacho a emitir los argumentos que soportan la decisión de fondo

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 13 de agosto del 2021, mediante el cual la Gestor y orientador servicio al ciudadano - jurídica dirección de prestaciones sociales 2 - Ejército Nacional, dio respuesta al derecho de petición No. 613796, negando la solicitud de reliquidación de las cesantías al soldado profesional (r) señor **Alexander Loaiza Hincapié**.

1.2 Inaplicar por inconstitucional el artículo 9 Decreto 1794 del 2000 y demás normas que no incluyan como factor salarial el subsidio de familia para la liquidación de las cesantías, por ser normas vulneradoras de derechos fundamentales.

1.3 Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada, liquidar y pagar las cesantías con inclusión del subsidio familiar, como factor salarial.

1.4 Se ordene el pago de la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar.

1.5 Ordenar el ajuste de la liquidación de la cesantía, acorde con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE

1.6. Que se condene a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

1.7. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1. Que el soldado profesional (r) señor **Alexander Loaiza Hincapié** prestó servicio militar obligatorio en la armada nacional desde el 2 de agosto de 1997 hasta el 2 de febrero de 1999, ingreso al Ejército Nacional en calidad de alumno el 1 de abril del 2002 y dado de alta como soldado profesional el 23 de julio del 2002 hasta el 30 de abril del 2021 fecha de retiro del servicio.

2.2 El SP **Loaiza Hincapié** percibía subsidio familiar desde el 28 de febrero del 2009 en el equivalente al 4% del salario básico mensual por la compañera señora Suldy Lorena Burgos Jara.

2.3 El comando del Ejército Nacional expidió la **resolución No 294556 del 19 de abril del 2021** mediante la cual se ordenó el pago de la cesantía al accionante por retiro definitivo del servicio, las cuales fueron liquidadas acorde con lo establecido en el artículo 9 decreto 1794 del 2000, equivalente a un salario básico incrementado con la prima de antigüedad.

2.4 El accionante interpuso derecho de petición radicado No 613796 del 27 de julio del 2021, ante el Ministerio de Defensa- Ejército Nacional solicitando la reliquidación de las cesantías, señalando que, el decreto 1161 del 2014 estableció el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, por lo que también se debe tener en cuenta para la liquidación de cesantías, como sucede con el personal de oficiales y suboficiales.

2.5 La Gestor y orientador servicio al ciudadano - jurídica dirección de prestaciones sociales 2 - Ejército nacional, dio respuesta al derecho de petición No. 613796, negando la solicitud de reliquidación de las cesantías en razón a que el acto administrativo de reconocimiento se encuentra ajustado a derecho

2.6 Indica que artículo 9 decreto 1794 del 2000 no es la normatividad aplicable para liquidar las cesantías del demandante, siendo la ley 50 de 1990 artículo 99 por la fecha de ingresó como soldado profesional a la Fuerza Pública, conforme lo indica el decreto 1252 de 2000.

2.7 Agrega que desde el año 1990 a los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional se les tiene en cuenta el subsidio de familia como factor salarial para liquidar las cesantías y siendo el soldado profesional el de menos ingresos en las Fuerzas Militares, se le debería reconocer el subsidio familiar como factor salarial, en la liquidación de las cesantías.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Dentro del término legal el apoderado de la entidad accionada contestó la demanda¹ oponiéndose a la prosperidad de cada una de las pretensiones, en atención a que las cesantías fueron liquidadas y reconocidas hasta el 29 de abril de 2021, con fundamento

¹ archivo 14 expediente digital

en la norma vigente para su promulgación, o sea el Decreto 1794 del 2000, vigente, no habiendo sido derogado o declarado inexecutable, no siendo aplicable el Decreto 1252 del 2000.

Señala que los actos administrativos emitidos por el ente fueron emitidos por las autoridades competentes y bajo la normatividad vigentes para ellos, por lo tanto, se presume su legalidad.

Indica que el apoderado hace referencia a la interpretación normativa del decreto 1794 de 2000 con la ley 50 de 1990 artículo 99, hace la salvedad que el accionante perteneció a las fuerzas militares, las cuales cuentan con su régimen especial prestacional que les es propio y con base en el cual le fueron liquidadas las prestaciones a que tenía derecho al momento de su retiro.

Reitera que, el señor Loaiza Hincapie como ex miembro de la fuerza pública cuenta con el régimen especial prestacional propio, el tema prestacional está regulado por el decreto 1794 de 2000, con fundamento en el cual se liquidó, reconoció y canceló a la Caja Promotora de vivienda Militar y de Policía, lo atinente a las cesantías del mismo, esto en virtud a lo ordenado en el Artículo 9 de la Ley 973 de 2005 el cual establece de forzosa afiliación entre otros, al personal de soldados profesionales a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, la cual es la administradora de las cesantías del personal de la Fuerza Pública

El reconocimiento del subsidio familiar no solo esta supeditado al cambio de estado civil de un soldado profesional, sino que impone para éste, el deber de informarlo a la entidad, pues solo a partir de ese momento tendrá efectos lo pretendido, premisa frente a la cual, encuentra concordante esta defensa que al demandante se le hubiera realizado el mismo, observando las previsiones del Decreto 1161 de 2014, pues para la fecha de la radicación de su solicitud, en virtud de la cual se consolido su derecho de percibir el subsidio familiar, era tal norma la que se encontraba vigente, por otro lado, es necesario precisar que para el caso sub examine no existe evidencia de que en vigencia del Decreto 1794 de 2000, se hubiere consolidado situación jurídica a favor del actor.

Finalmente señala que sin dubitación alguna es claro que los actos administrativos demandados se ajustan a la normatividad legal tal como se describe, ya que no existen fundamentos de hecho o de derecho que permitan modificar, corregir o aclarar las decisiones del ente militar, por tal motivo solicitó al señor juez desestimar las pretensiones de la demanda, declarando la legalidad de los actos de la administración.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

En desarrollo de la audiencia inicial, el apoderado expuso sus alegatos de conclusión señalando que, *en la demanda se pretende aplicar un principio de igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales puesto que a estos últimos se les computa el subsidio familiar en la liquidación de las cesantías definitivas, esa desigualdad se ha justificado frente a la jerarquía militar y la naturaleza de las funciones de los soldados y/o infantes de marina profesionales y los suboficiales y oficiales, pero por tratarse de la naturaleza jurídica del subsidio de familia, el fin de esta prestación no depende del modo de ingreso, profesionalización y responsabilidad del trabajador pues esta prestación social tiene como*

objetivo aliviar las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Por lo anterior la pregunta que se debería resolver en el test de igualdad es: ¿si es justo que a los oficiales y suboficiales se les liquide la cesantía incluyendo el subsidio de familia y a los soldados profesionales no, teniendo ambas familias que sostener?

Si bien la ley 4 de 1992, facultó al gobierno para reglamentar el régimen salarial y prestacional de las fuerzas militares, generando distintas normativas aplicables a sus miembros, en virtud de su modo de ingreso, profesionalización y responsabilidades, pero en este caso tratándose del subsidio familiar tiene una finalidad que no depende de ninguna de estas condiciones, como si depende el salario y otras prestaciones sociales.

El desarrollo legal del subsidio familiar se estableció con la expedición de la ley 21 del 23 de enero de 1982 y en su artículo 1 determino que esta prestación social tiene, como objetivo alivianar las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad, conforme lo ha considerado la Corte Constitucional en la y así quedó plasmado en el artículo 42 de la Constitución política de 1991.

Al respecto la corte Constitucional en sentencia C-508 de 1997, señalo que, el subsidio familiar se considera como una prestación propia del régimen de seguridad social, por lo cual se puede definir como, una prestación social legal de carácter laboral que beneficia a los sectores mas pobres de la población estableciendo un sistema de compensación, entre salarios bajos y altos, dentro de un criterio que mira la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

Se tiene entonces su señoría que, por la naturaleza jurídica del subsidio familiar no se puede realizar un test de igualdad justificando esta desigualdad entre oficiales y suboficiales con los soldados profesionales, pues dicha justificación deviene de separar a los sujetos por su modo de ingreso, profesionalización y responsabilidad.

Como la finalidad del subsidio de familia es proteger a los mas desfavorecidos, los soldados profesionales que son los que menos devengan dentro de las fuerzas militares y ese reconocimiento del subsidio de familia, se debe a la protección que el estado le debe a la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, como lo estipula el artículo 42 de la Constitución Política, la declaración universal de los derechos humanos en su artículo 23 o la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en su artículo 14.

También posteriormente el protocolo de Buenos Aires en su artículo 3 fijó la necesidad de un régimen salarial justo en el marco del derecho al trabajo, lo cual en armonía con la progresividad de los derechos sociales económicos y políticos contenidos en el artículo 26 de la Convención Americana de los derechos Humanos lleva a determinar que el estado en cumplimiento de las obligaciones internacionales y convencionales debe garantizar la mayor medida de lo posible el desarrollo progresivo de las condiciones laborales de los nacionales y respetar los principios constitucionales.

Por esto le solicitaría a su señoría, ejercer el llamado control de constitucionalidad y acceder a las pretensiones de la demanda.

4.2 Parte demandada

A su vez y en desarrollo de la misma diligencia el apoderado de la entidad demandada indicó que, atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, se opone a

la prosperidad de cada una de las pretensiones, en atención a que las cesantías fueron liquidadas y reconocidas de acuerdo con la normatividad vigente para el soldado profesional que es el decreto 1794 del 2000 y el Decreto 1793 del 2000.

Así mismo su señoría pues no se puede predicar igualdad entre oficiales y suboficiales ya que existe una diferencia entre ellos a nivel normativo, ya que para los oficiales y suboficiales aplica un régimen especial al igual que al soldado profesional se le aplica un régimen especial.

Como bien vemos y para el caso concreto, se evidencia que la resolución en que se liquida las cesantías del señor Alexander Loaiza Hincapié, se puede desprender que El fue vinculado como soldado profesional desde el 23 de junio del 2002 al 30 de enero del 2021, por lo que no se puede predicar la igualdad entre oficiales y suboficiales ya que tienen un régimen especial establecido en el decreto 1793 y 1794 del 2000.

Expone que con la resolución con la que se acredita la liquidación del auxilio de cesantía fue conforme al decreto 1794 del 2000 y se liquidó teniendo en cuenta el salario básico anual más la prima de antigüedad, incrementada anualmente en un 6.5% de la asignación básica por cada año sin exceder el 58.5% que establece el decreto 1794 del 2000, ascendiendo a la suma de \$21.344.718.

Al igual su señoría es importante resaltar que a la fecha de vigencia del decreto 1794 del 2000, esto es, 1 de enero del 2001, ya el accionante se encontraba incorporado como soldado profesional quien ingreso al ejercito el 23 de junio del 2002, por lo tanto, no se podrá establecer otra aplicación de otra ley diferente sino la especial establecida para los soldados profesionales.

Entonces, si bien es cierto, el artículo 38 decreto 1793 del 2000, así como, el artículo 2 literal A Ley 792 concede el respeto a los derechos adquiridos y la prohibición de desmejorar los salarios de los soldados profesionales, para el caso del señor Loaiza Hincapié, se puede predicar la existencia de un derecho adquirido, pero el derecho adquirido de él, fue hasta cuando fue liquidado como tal, que fue en el año 2021, entonces bajo ese entendido, se predica que el señor Loaiza Hincapié se le debe dar estricta aplicabilidad al régimen especial establecido en el decreto 1794 del 2000 y decreto 1793 del 2000.

4.3 Concepto Ministerio público.

Señaló que de conformidad con los decretos 1793 del 2000 y 1794 del 2000, ese agente del Ministerio público considera que no le asiste razón al demandante para que se acceda a sus pretensiones, por ende, los actos administrativos hoy atacados, están ajustados a derecho.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.2. TESIS DE LAS PARTES

5.2.1 Parte accionante

El apoderado considera que se debe acceder a las pretensiones de la demanda porque en la liquidación de cesantías realizada, no se tuvo en cuenta el subsidio de familia como factor de liquidación, no obstante que según el artículo 5 Decreto 1161 del 2014 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado SUJ-015-CE-S2-2019 el subsidio de familia para los soldados profesionales es factor salarial.

Asimismo, indica que no le es aplicable al accionante el régimen de cesantías regulado en el decreto 1794 del 2000 artículo 9 y debe serle aplicado el régimen general de cesantías por la fecha de ingreso como miembro de la fuerza pública en calidad de soldado profesional, pues se vinculó al servicio del Estado en vigencia de la ley 1252 del 2000, razón por la cual tienen derecho a que se cancele las cesantías, según la ley 50 de 1990, y se le incluyan todos los factores salariales entre ellos en subsidio de familia.

5.2.2 Parte Accionada

Se opone a la prosperidad de cada una de las pretensiones puesto que el señor Loaiza Hincapié como ex miembro de la fuerza pública cuenta con el régimen especial prestacional propio, el tema prestacional está regulado por el decreto 1794 de 2000, con fundamento en el cual se liquidó, reconoció y canceló a la Caja Promotora de vivienda Militar y de Policía, lo atinente a las cesantías del mismo, esto en virtud a lo ordenado en el Artículo 9 de la Ley 973 de 2005 el cual establece de forzosa afiliación entre otros, al personal de soldados profesionales a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, la cual es la administradora de las cesantías del personal de la Fuerza Pública.

Señaló que sin dubitación alguna es claro que los actos administrativos demandados se ajustan a la normatividad legal tal como se describe, ya que no existen fundamentos de hecho o de derecho que permitan modificar, corregir o aclarar las decisiones del Ente Militar

6. Problema Jurídico planteado.

Se trata de determinar si, ¿debe declararse la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 613769 del 13 de agosto del 2021 mediante el cual, la accionada negó la reliquidación de las cesantías al accionante y como consecuencia ordenar, reliquidar las cesantías al señor **Alexander Loaiza Hincapié** teniendo en cuenta para ello, el subsidio familiar devengado como partida computable, inaplicando por inconstitucional el artículo 9 decreto 1794 del 2000, o si por el contrario, declarar que, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico?

6.1 Tesis del Despacho.

Se negarán las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que la norma de carácter especial - decreto 1794 del 2000 - mediante la cual se constituyó el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales, estableció sin dubitación alguna que la liquidación de las cesantías definitivas de los soldados profesionales se realizará únicamente al tenor del artículo 9 decreto 1161 del 2014, pretender aplicar sistemas de liquidación diferentes, se aplicaría un sistema prestacional distinto y sin fundamento legal al establecido en el régimen especial para los miembros de las fuerzas militares, que no pueden acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales establecidos para otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley.

7. Marco legal y jurisprudencial

7.1 Auxilio de cesantías

El **Departamento administrativo de la función pública** en el concepto **137271** del 13 de agosto del 2015, señaló la finalidad de las cesantías:

Su *objetivo o finalidad* es “cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo. Se trata de un objetivo acorde con los principios de una Constitución humanista fundada en el respeto por la dignidad humana, en este caso, del trabajador.”

“El auxilio de cesantía que se establece en la legislación laboral colombiana, se articula como una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador, y originariamente se consagró como eventual remedio frente a la pérdida del empleo. Los requisitos, modalidades y oportunidad para cumplir con esta prestación, son asuntos que la misma ley se encarga de desarrollar.”

La **Ley 6 de 1945** “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo” en su artículo 17 señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1 de enero de 1942.

El **Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946**, que dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales el que definió los parámetros para la liquidación de las cesantías, estableciendo para ello la liquidación de manera retroactiva, teniendo en cuenta el último salario devengado para liquidar todo el tiempo de servicio, al señalar:

“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuera menor de doce meses.”

Mas adelante, el **artículo 13 de la Ley 344 de 1996**, señaló que a partir de su publicación las personas que se vincularan a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual la liquidación definitiva de las mismas debía realizarse el 31 de diciembre de cada año, norma que se reglamentó con el Decreto 1582 de 1998, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial, que se hubieran afiliado a un fondo de cesantías, sería el contemplado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, a saber, el régimen anualizado.

Para los que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse régimen previsto en dicha ley, el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 señaló el procedimiento a seguir acorde con la sentencia de unificación del honorable Consejo de Estado que señaló:

«[...] En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998

[...]

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000 en el artículo 2.º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la vinculación laboral. En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó:

[...] Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000²

La **ley 50 del 28 de diciembre de 1990** reformó el Código Sustantivo del trabajo y respecto del auxilio de cesantías, señaló³:

ARTICULO 98. El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

1o. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, al cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley.

2o. El régimen especial que por esta ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.

Parágrafo. Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge.

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

4a. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5a. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6a. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicte el Gobierno Nacional, en orden a:

a) Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b) Garantizar que la mayor parte de los recursos captados pueda orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7a. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

Parágrafo. En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.

La **Ley 1252 del 30 de junio del 2000** estableció normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

“Artículo 1º. Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías.

Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2- 004-16, demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.

Artículo 2º. Los servidores públicos que, a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

Artículo 3º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

La **ley 344 del 31 de diciembre de 1996**, mediante la cual se dictaron normas para la racionalización del gasto, respecto de las cesantías, indicó

(...)

Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

~~El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo.~~

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. (negrillas fuera de texto)

A su vez la **Ley 432 del 29 de enero de 1998** por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones, referente a las cesantías, señaló:

Artículo 5º. Afiliación de servidores públicos. A partir de la vigencia de la presente ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

7.2 Subsidio familiar.

El subsidio familiar ha sido definido como una especie del género de la seguridad social³ en donde se tiene en cuenta la carga familiar, la niñez, personas de la tercera edad, beneficiando de esta manera los sectores más vulnerables de la población para atender de manera satisfactoria necesidades indispensables como la alimentación, vestuario, educación y alojamiento

En los términos de los artículos **1 y 2 Ley 21 de 1982**, el subsidio familiar se define como:

“ARTICULO 1. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.”

“ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso. Se tiene entonces, 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”.(subrayado fuera de texto)

³ Sentencia C-149 de 1994

La Corte Constitucional en diferentes oportunidades (C-149 de 1994, C-559 de 2001, C-1173 de 2001, C-655 de 2003, C-041 de 2006, C-393 de 2007, C-1002 de 2007 y C-337 de 2011), ha analizado la naturaleza del subsidio familiar concluyendo:

“En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que 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. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral.

Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen seguridad social⁴

En la **sentencia C-508 de 1997** la Corte señaló que, el subsidio familiar cumple con una triple condición: i) la de prestación legal de carácter laboral, ii) ser un mecanismo de redistribución del ingreso, y, iii) función pública vista desde la prestación del servicio, en consecuencia, tiene es una prestación social dirigida a aliviar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental la protección de la familia, como núcleo básico y primigenio de la sociedad.

8. De los soldados profesionales.

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto Ley 1793 de 2000 “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”. y en el artículo 1 señaló:

“Los Soldados profesionales son 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”

En el artículo 38, el citado decreto preciso que con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expediría el régimen salarial y prestacional del soldado profesional, respetando los derechos adquiridos.

ARTÍCULO 38. REGIMEN 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*

Ahora bien, acorde con el precepto anterior el Gobierno nacional expidió el Decreto 1794 del 2000, “por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.” y entre ellos el auxilio de cesantías y el subsidio familiar en los siguientes términos:

“ARTICULO 9. CESANTÍAS. *El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional*

⁴ Sentencia C-508 de 1997

Al tenor de esta disposición los soldados profesionales tienen derecho a que se les liquide por concepto de auxilio de cesantías, el equivalente a un salario mensual, más la prima de antigüedad por cada año de servicio.

Respecto del subsidio familiar el citado decreto en su artículo 11, 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%) 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.”

Sin embargo, con la expedición del **decreto 3770 del 30 de septiembre del 2009**, el Gobierno nacional derogó expresamente el artículo 11 decreto 1794 del 2000, eliminando a futuro el subsidio familiar como derecho prestacional para los soldados profesionales, creando un periodo de transición y aclarando la forma de liquidación de este, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1º. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000,

PARÁGRAFO 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,

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclarase 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% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual,

Como consecuencia de la derogatoria del mencionado artículo, se generó una situación de desigualdad entre los soldados profesionales vinculados con anterioridad al 30 de septiembre del 2009 y los soldados profesionales e infantes de marina profesionales incorporados a las fuerzas militares a partir de esa fecha.

Con objeto de eliminar la señalada situación de desigualdad el Gobierno expidió el **decreto 1161 del 24 de junio del 2014**, creando nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que no lo venían percibiendo a la luz del decreto 1794 del 2000, además señalando expresamente que dicha partida será tenida en cuenta **como partida computable para liquidar la asignación de retiro**.

Artículo 1º. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1º 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

(...)

Parágrafo 1º. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.

Parágrafo 2º. Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1º de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

Parágrafo 3º. 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.

(...)

Artículo 5º. 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.” (negrillas fuera de texto)

8.3 Del derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional, respecto del derecho de la igualdad ha señalado que la misma cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por cuanto el mismo es un valor, un principio y un derecho fundamental⁵.

Señala dicha Corporación en la misma sentencia que este carácter lo da por ejemplo el preámbulo constitucional, en donde se establece, entre los valores que pretende asegurar la Constitución, el de la igualdad, a su vez, el artículo 13 *ibídem* se ha considerado como la fuente de dicho principio fundamental y finalmente se encuentra como tal el derecho fundamental de igualdad.

Señaló la mencionada Corporación en la sentencia C-818 de 2010, respecto de la igualdad normativa:

“En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación⁶. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación.

Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre

9. Caso concreto

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a determinar si en el caso sub-júdice el accionante tiene derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable para la liquidación del auxilio de cesantías.

9.1 Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor Alexander Loaiza Hincapié prestó sus servicios al Ejército nacional en calidad de soldado profesional desde el 23 de julio del 2002 hasta el 30 de abril del 2021 fecha de retiro del servicio	Documental: copia hoja de servicios militares No 3-10010827 (Folios 15 y 16 archivo 3 anexos expediente digital).

⁵ Sentencia C-818 de 2010.
⁶ Cfr. MARKUS GONZÁLEZ BEILFUSS. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 21 y s.s.

2. El SP Loaiza Hincapié percibió el subsidio familiar desde el 28 de febrero del 2009 en el equivalente al 4% del salario básico mensual.	Documental: copia hoja de servicios militares No 3-10010827 (Folios 15 y 16 archivo 3 anexos exp. digital).
3. El comando del Ejército ordenó el pago de la cesantía definitiva por retiro del servicio del accionante	Documental: Copia resolución No 294556 del 19 de abril del 2021 (Folios 4 al 7 archivo 03 anexos expediente digital)
4. El accionante solicitó al Ministerio de defensa-ejército nacional la reliquidación de las cesantías definitivas incluyendo el subsidio familiar en la liquidación.	Documental: derecho de petición radicado No 613796 del 27 de julio del 2021 (Folios 1 y 2 archivo 03 anexos expediente digital)
5. La entidad militar negó la solicitud.	Documental: oficio del 13 de agosto del 2021 expedido por la Gestor servicio al ciudadano jurídica DIPSO 2 (Folios 8 al 10 archivo 03 anexos exp. digital)

En el sub-exanime el señor **Alexander Loaiza Hincapié** pretende que, para la liquidación de la cesantía definitiva, se le tenga en cuenta y se aplique:

- i) los factores salariales contenidos en normativas especiales utilizados para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.
- ii) la jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en la sentencia de unificación SUJ-015CE-S2-2019 respecto de la inclusión del subsidio de familia como partida computable en la asignación de retiro de los soldados,
- iii) lo previsto en el **artículo 5° Decreto 1161 de 2014**⁷
- iv) el derecho a la igualdad puesto que, desde 1990 a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, se les tiene en cuenta el subsidio de familia como factor salarial para liquidar las cesantías.

9.2. Consideraciones.

9.2.1. Acorde con los hechos probados, el accionante prestó servicio militar en la armada nacional desde el 2 de agosto de 1997 hasta el 2 de febrero de 1999 y posteriormente se incorporó al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional desde el 1 de abril del 2002 prestando sus servicios hasta el 30 de abril del 2021 fecha de retiro por tener derecho a su asignación de retiro.

Para la liquidación de la cesantía definitiva, la accionada aplicó lo establecido en la norma vigente - artículo 9 decreto 1794 del 2000 -, el cual establece que, para tal efecto, las partidas computables son únicamente el salario básico del soldado profesional más la prima de antigüedad por año de servicio.

9.2.2. Respecto a la aplicación de las leyes generales, al caso particular, es preciso tener en cuenta que la ley 50 de 1990, fue expedida con el objeto de reformar el código sustantivo del trabajo, el cual regula las relaciones de derecho individual de trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del trabajo oficiales y particulares.

En relación con el auxilio de cesantía, la Ley 50 de 1990 modificó el régimen de cesantías retroactivas, disponiendo que a partir de su vigencia las cesantías serian liquidadas anualmente al 31 de diciembre y consignadas en un fondo administrador

⁷ **“ARTÍCULO 5º. 1161 de 2014** A partir de julio del 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 pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

antes del 15 de febrero de la siguiente anualidad, circunstancia que no es aplicable al actor.

En cuanto a la **Ley 344 de 1996** el párrafo del artículo 13, excluye en forma categórica y sin dubitación alguna al personal uniformado de las fuerzas militares, señalando: “el régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y como consecuencia de la decisión del legislador, no es norma aplicable al caso del soldado **Loaiza Hincapié**.

A su vez la **Ley 432 del 29 de enero de 1998** por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, indicó:

Artículo 5º. Afiliación de servidores públicos. A partir de la vigencia de la presente ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Las normas en cita no son aplicables al presente caso, unas por expresa prohibición del legislador.

Es preciso indicar que la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que las personas beneficiadas con regímenes especiales deben someterse a ellos, sin que puedan apelar a derechos consagrados para el régimen general.

De la misma manera, el despacho no pierde de vista el **principio de inescindibilidad de la norma** el cual establece que, las normas jurídicas bajo las cuales ha de decidirse un asunto concreto deben ser aplicadas en su integridad, esto es, no puede ni debe, utilizarse parte de una norma especial y parte de una norma general, para resolver el asunto sometido a su estudio, bajo el manto del principio de favorabilidad.

9.2.3. Respecto del derecho a la igualdad se tiene que este debe predicarse entre iguales, entre situaciones fácticas similares y frente a condiciones jurídicas idénticas. No puede alegarse violación al derecho de igualdad respecto de situaciones jurídicas de personas que están en servicio activo y sus posibilidades de retirarse con eventuales mayores prebendas que los que se retiraron bajo el amparo de normas diferentes, quienes ya tienen una situación jurídica consolidada.

Es factible que el legislador, en su amplia capacidad de configuración legislativa, haya considerado circunstancias de hecho o de otra índole, que no operaban en el momento en que se dictaron los estatutos y normas bajo los cuales se adquirió el status del actor para hacer diferenciaciones en materia prestacional, sin que ello implique por sí solo, violación del derecho a la igualdad, en razón a no ser beneficiarios de la normatividad, por cuanto el legislador, así lo dispuso de manera expresa.

Es evidente la intención del legislador al crear nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que no lo devengaban por virtud del decreto 1794 del 2000, de mejorar la situación económica de los mismos, eliminar la desigualdad existente entre miembros de la fuerza que desempeñaban funciones similares, en circunstancias y con cargos similares, estableciendo vigencia,

normas aplicables, porcentajes, forma de liquidación, y, excluyendo tácitamente de su aplicación, a otras prestaciones sociales, distintas a la asignación de retiro.

Así mismo, al señalar en forma clara y explícita que el subsidio familiar se tendría en cuenta como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro a partir del 1 de julio del 2014, exceptuó de su beneficio a los miembros de las fuerzas militares que hubiesen adquirido el derecho con anterioridad a esa fecha, en razón a que no estaba establecida como partida computable, sin significar que se violase el principio a la igualdad.

Así lo señalo la honorable Corte constitucional en las sentencias T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001 y ¹ T-587 de 2006.

“que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales”

192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»⁸, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que, aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos:

«(i) **que las personas sujetas del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho,**
 (ii) **que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales,**
 (iii) **que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna, y,**
 (iv) **que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»**⁹, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, *per se*, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad». **Negrilla fuera de texto.**

En vista de lo anterior, no es dable para este despacho judicial elaborar un test de igualdad entre los soldados profesionales del Ejército Nacional y los oficiales y suboficiales de la misma fuerza, teniendo en cuenta que los primeros desempeñan funciones operativas y de combate y los segundos además de las anteriores, requieren de estudios especializados en tácticas, experiencia en el mando y son los responsables de las decisiones en las operaciones militares.

9.2.4 Respecto de la petición del apoderado de que se tenga en cuenta la “sentencia de unificación de SUJ-015-CE-S2-2019, donde unifico la Jurisprudencia en relación a la inclusión del subsidio de familia como partida computable”, es preciso recordar, que en el contenido de la mencionada sentencia se estudia diferentes asuntos, tales como: el incremento salarial del 20% en la asignación básica mensual de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, la aplicación del subsidio familiar como partida computable en la **asignación de retiro**, la formula aplicable para la liquidación de las asignaciones de retiro, la excepción de legitimación material y de hecho, no obstante en ningún aparte de la misma, se refiere al reconocimiento de cesantías o sobre las partidas computables para la liquidación del auxilio de cesantías, por lo cual mencionada sentencia de unificación no es aplicable al caso objeto de estudio.

⁸ T-587 de 2006.

⁹ Ibidem.

Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, ni en esa, ni en ninguna de sus providencias, equipara o asemeja la asignación de retiro con el auxilio de cesantías, ni ha unificado jurisprudencia ordenando aplicar el régimen de pensiones a la liquidación del auxilio de cesantías, con lo cual dicho de paso, se estaría creando una nueva norma, sin contar con la facultad legislativa, por tanto, su contenido es inaplicable al asunto que hoy nos convoca.

9.2.5 Ahora bien, conforme con los hechos probados, el accionante se incorporó a la entidad militar en calidad de soldado profesional, el 23 de julio del 2002, **en vigencia del decreto 1794 del 2000**, el cual establece: **artículo 9. Cesantías.** *El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente*”, normatividad especial aplicable únicamente al personal de soldados profesionales y a los infantes de marina profesionales.

La entidad militar liquidó y reconoció el auxilio de cesantías definitivas al accionante - el **19 de abril del 2021** - en razón al retiro definitivo del servicio y para su liquidación se dio cumplimiento con el estatuto prestacional – decreto 1794 del 2000 - según el cual y para tal efecto, debe tenerse en cuenta únicamente el salario básico anual más la prima de antigüedad, puesto que, a la fecha, el mismo gozaba y goza de plena vigencia, además por ser la norma de carácter especial y exclusiva, que establece las partidas computables para la liquidación de las cesantías del personal militar.

Acorde con lo anterior, el despacho considera la imposibilidad de la inclusión del subsidio familiar como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas del accionante, puesto que, la misma se liquida teniendo en cuenta, el sueldo básico más la prima de antigüedad del soldado, como efectivamente la liquidó la entidad militar accionada, acorde a la normatividad vigente.

No debemos perder de vista que, el artículo 5 decreto 1161 del 2014, establece que, el subsidio familiar **solo es partida computable para la liquidación de la asignación de retiro** del personal de soldados profesionales y no hace alusión a que pueda ser un factor adicional, para la liquidación del auxilio de cesantía, de tal modo que, este despacho judicial no puede ordenar que sea tenido en cuenta para liquidar otras prestaciones, que no fueron contempladas en la normatividad objeto del presente litigio, por el legislador.

Por consiguiente para la liquidación de las cesantías definitivas de los soldados profesionales únicamente el artículo 9 decreto 1161 del 2014 porque si fueran adoptados mecanismos, formulas o sistemas de liquidación diferentes, se aplicaría un sistema prestacional distinto y sin fundamento legal al establecido para el régimen especial para los miembros de la fuerza pública que no pueden acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales establecidos para otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley.

En concordancia con ello, mal haría el operador judicial en atribuirse competencias del legislativo y ejecutivo ordenando la extensión de una norma, basada en la interpretación de supuestos disímiles bajo la premisa equivocada de una pretendida e inexistente vulneración al derecho a la igualdad.

Es diáfano para este operador judicial que invadir la órbita del legislador primario de fijar el marco general del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos en general, incluida las fuerzas militares, o la del ejecutivo para reglamentar la materia, sería un precedente nefasto para la separación de los poderes públicos, pilar fundamental del sistema político colombiano.

El legislador no incorporó el subsidio familiar como partida computable para la liquidación las cesantías de los soldados profesionales y su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro, no puede hacerse extensiva a objetivos distintos a los establecidos por él, por lo anterior, se negaran las pretensiones de la demanda, habida cuenta que no es posible para este operador judicial, reconocer un derecho que el legislador no le concedió, y en ese orden de ideas, se declarará que el acto administrativo atacado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico.

11. RECAPITULACIÓN

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda indicando que la liquidación de las cesantías definitivas de los soldados profesionales se realizará únicamente al tenor del artículo 9 decreto 1161 del 2014, porque si fueran adoptados mecanismos, formulas o sistemas de liquidación diferentes, se aplicaría un sistema prestacional distinto y sin fundamento legal al establecido en el régimen especial para los miembros de las fuerzas militares, que no pueden acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales establecidos para otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley.

12. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionante en la suma equivalente al **cuatro por ciento de las pretensiones de la demanda.**

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C. G. P, para lo cual se fija la suma equivalente al **cuatro por ciento de** las pretensiones de la demanda, como agencias en derecho.

TERCERO. Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso y su hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: En firme este fallo, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez

Firmado Por:
Luis Manuel Guzman
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
10
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **197b93fb0b690b470bc3d888f878ff38694ed7c227de603efd94b1d9776b92f8**

Documento generado en 21/04/2023 04:20:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>