



República de Colombia
Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito
Sincelejo - Sucre

Carrera 18 N° 20 – 34, Tercer Piso, Edif. Guerra, Teléfono: 2825355

Sincelejo, diecisiete (17) de mayo de dos mil trece (2013)

SENTENCIA N° 0016 de 2013

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2012-00056-00

DEMANDANTE: HERNÁN SANABRIA NIÑO

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

*Tema: RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO SOLDADO PROFESIONAL –
SUBSIDIO FAMILIAR COMO BASE DE LIQUIDACIÓN*

1. ASUNTO A TRATAR

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a dictar sentencia del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Y DEL DERECHO, interpuesta por HERNÁN SANABRIA NIÑO, en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, de conformidad con el artículo 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo – CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1 BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA.

El señor HERNÁN SANABRIA NIÑO, pretende que se declare la nulidad de los Actos Administrativos conformados por los oficios No. 8162 de fecha 21 de febrero de 2012, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y No.11865 de fecha 13 de Marzo de 2012, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del Derecho, se condene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del actor, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho conforme al artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1., de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1º del decreto 1794 de 2000.

El actor se ingresó a la Armada Nacional 01 de febrero de 1990 en condición de Soldado Regular, después como Soldado Voluntario a partir del 01 de agosto de 1991 y como Infante Profesional a partir del 1º de noviembre de 2003, hasta hacerse acreedor de la asignación de retiro mediante Resolución No.4168 de 08 de septiembre de 2011.

Manifiesta el apoderado judicial de la parte demandante que en liquidación de la asignación de retiro del actor, hubo indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido con el artículo 13.2.1, de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurrió en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar de la siguiente manera:

Sueldo Básico	\$721.000.00
38.50% Prima de Antigüedad	\$277.585.00
Subtotal Porcentaje de	\$998.585.00
Liquidación 70%	
Asignación de Retiro	\$699.010.00

La fórmula aplicada no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y por el contrario decide aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre este rubro y adiciona al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir, que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje, primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70%, causando un grave perjuicio al actor. Debiendo hacerse de la siguiente manera:

Sueldo Básico	\$721.000.00
70% del Sueldo Básico	\$504.700.00
38.5% Prima de Antigüedad	\$277.585.00



Asignación de Retiro	\$782.285.00
-----------------------------	---------------------

Al aplicar en forma indebida la norma citada, se genera una diferencia a favor del actor de OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$83.275.00) mensuales para el año 2010, lo que constituye una diferencia importante dada la cuantía de la asignación de retiro que actualmente está devengando.

No se dio aplicación a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte el extremo pasivo, manifestó oponerse a cada uno de los hechos planteados en la demanda como a la condena en costas.

Fundamenta su defensa, precisando que los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las fuerzas militares hacen parte de un régimen especial diferente del régimen general, conforme a lo cual, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 de forma expresa contempla los parámetros, condiciones y porcentajes que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, sin contemplar la posibilidad de incluir la partida del subsidio familiar.

En cuanto al ajuste solicitado, se refiere al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, especialmente el numeral 13.2.1. el cual señala que debe tenerse en cuenta el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 que apunta solamente el 40% y no el inciso segundo que registra un porcentaje diferente.

En cuanto a la violación del derecho a la igualdad, señaló que no le corresponde a la entidad efectuar interpretaciones ni juicios de valor apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, siendo del caso indicar que los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares tienen una disposición especial, los

miembros de la Policía Nacional, el personal civil cuentan con otras y los Soldados Profesionales también cuenta con sus disposiciones especiales, debiendo la entidad aplicar en su integridad la normatividad, de no hacerlo estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde.

Finalmente, reitera en el caso bajo estudio la entidad actúo con apego a la ley y los actos administrativos expedidos gozan de la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1 AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda¹, notificadas las partes² y contestada la demanda en término, se procedió a realizar audiencia inicial el 21 de marzo de 2012³, previa convocatoria mediante auto.⁴

En dicha audiencia, se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio en determinar si el acto administrativo mediante el cual se reconoció la asignación de retiro del demandante fue realizado de acuerdo a las normas y leyes vigentes para el caso o si por el contrario debió incluirse el subsidio familiar, calcularse con el salario mínimo al 60% y la prima de antigüedad fue mal liquidada.

Se realizó la etapa de conciliación la cual fue declarada fallida por no existir ánimo conciliatorio en las partes. Se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y dos decretadas de oficio.

Se fijó fecha para audiencia de pruebas para el día 11 de abril de 2013 a las 9:00 a.m.

3.2 AUDIENCIA DE PRUEBAS

¹ Auto de fecha 1 de octubre de 2012. (Fol. 77-78)

² Folios 81-86.

³ Folios 125 a 127

⁴ Auto de 28 de febrero de 2013. (Fol. 104)



Fue celebrada el día 30 de abril de 2013⁵, dejándose constancia de no haberse recibido las pruebas decretadas en la audiencia inicial, no obstante y dado que las allegadas proporcionan la evidencia necesaria para desatar la litis, se declaró precluida la etapa probatoria.

Seguidamente, mediante auto se fijó fecha para audiencia de alegatos y juzgamiento, para el día 30 de abril de 2013.

3.3 AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Por último y previa citación en la audiencia de pruebas, se realizó audiencia de juzgamiento⁶, en la cual, el apoderado del extremo activo intervino ratificando los hechos y pretensiones expuestos con la demanda anexando varias copias de sentencias relacionadas con el caso planteado anexando varias copias de sentencias relacionadas con el caso planteado.

En su turno, el Ministerio Público manifestó que las pruebas que obran en el proceso es posible para tomar una decisión de fondo.

Para el Despacho no fue posible comunicar el sentido del fallo, habida cuenta del estudio de las pruebas allegadas.

4. CONSIDERACIONES

4.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Dentro del presente proceso se busca determinar, tal como se constató en la fijación del litigio, si el acto administrativo mediante el cual se reconoció la asignación de retiro del demandante fue realizado de acuerdo a las normas y leyes vigentes para el caso o si por el contrario debió incluirse el subsidio familiar, calcularse con el salario mínimo más el 60% y determinar si la prima de antigüedad fue mal liquidada.

El Despacho formulará el problema jurídico a dilucidar en el presente asunto, de la siguiente forma si es posible el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta tres puntos: 1) Si la Asignación básica debió fijarse en un

⁵ Folios 133-134

⁶ Folios 133-134.

40 o 60%; 2) Si están debidamente liquidados los porcentajes de las partidas que conforman la asignación salarial y 3) Si se debe incluir la partida del subsidio familiar como base para la liquidación de la asignación del retiro de un soldado profesional.

4.2 TESIS DEL DESPACHO.

Para el Despacho resulta claro que debe aplicarse al caso en estudio las disposiciones normativas reseñadas, conforme a los presupuestos de derecho que enmarquen la situación jurídica del actor, para en esa medida determinar cuales derechos le asisten de acuerdo a la vigencia de las normas y los derechos invocados. Por lo que la asignación básica está correctamente fijada, no teniendo el CREMIL la competencia para modificar dicho porcentaje, estando en cabeza dicha modificación del Ministerio de Defensa Nacional. No están debidamente liquidados los porcentajes de las partidas que conforma la asignación salarial por una mala interpretación de la norma. Sí se debe incluir el subsidio familiar como base para la liquidación de retiro de un soldado profesional pues se vulnera el principio de igualdad frente a los otros servidores de las fuerzas armadas.

4.3 FUNDAMENTOS NORMATIVOS.

4.3.1 RÉGIMENES SALARIALES Y PENSIONALES APLICABLES A LOS INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.

Inicialmente se advierte que de conformidad con el artículo 216 de la Carta Política, la Fuerza Pública en nuestro País, se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional.

A su turno, de acuerdo con el artículo 217 Constitucional, las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula el asunto en debate, en tanto que el actor laboró en la Armada, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

Así el régimen salarial para soldados profesionales de las fuerzas militares es el establecido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares y el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el cual estableció el régimen pensional y de asignación de retiro de los



miembros de la Fuerza Pública.

4.3.2 LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES

Se concibe la asignación de retiro para los infantes de marina y soldados profesionales como aquella prestación económica pagadera mensualmente después del retiro al soldado o infante que cumpla determinados requisitos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004⁷, al revisar la constitucionalidad del Decreto N° 2070 de 2003, *"Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"*, determinó que la asignación de retiro es de naturaleza *prestacional* y se asimila a la pensión de vejez⁸. Agrega que su objetivo primordialmente es beneficiar a los integrantes de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial que mejore sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

El Decreto 4433 de 2004, incorpora dentro del Régimen de Pensión y Asignación de retiro de los Miembros de la Fuerza Pública al personal de soldados e infantes de marina profesionales.

Con esta normatividad, el soldado profesional que solicite el retiro por voluntad propia o sea retirado del servicio activo por la Fuerza cuando tenga veinte (20) años de servicio, adquiere la potestad para que 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 a la fecha del retiro, 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.

Los militares que se desempeñan como Soldados Profesionales en las distintas Fuerzas a saber: Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Aérea, devengan como contraprestación a los servicios prestados, es decir, como salario o

⁷ Sentencia de 6 de mayo de 2004, Expediente D-4882, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁸ Considerando que el régimen especial de las fuerzas militares solo contempla la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes.

asignación salarial, el equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente establecido por el Gobierno, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario según lo dispone el Decreto 1794 de 2000 el cual estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la fuerza pública.⁹

Como una manera de proteger y garantizar al militar denominado soldado voluntario que se pasó al nuevo régimen salarial, se estableció en esa misma norma que ellos devengarían un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)¹⁰.

4.3.3 PRESTACIONES SOCIALES DEL SOLDADO E INFANTE DE MARINA PROFESIONAL

Entendiendo como prestaciones sociales aquel dinero diferente a la asignación mensual o salario, así como aquel elemento, beneficio o servicio que por ley le está obligado al Ministerio de Defensa Nacional reconocer y hacer entrega al soldado profesional, por así disponerlo el Decreto 1794 de 2000; este, tiene derecho, entre otros, a los siguientes beneficios:

a) Prima de antigüedad que se otorga al segundo año de labores, equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica.

Consecuentemente, se dispuso de un incremento de dicha prima de antigüedad, consistente en que por cada año de servicio adicional, se reconoce un seis punto cinco por ciento (6.5%)¹¹ más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)¹².

Para proteger al soldado voluntario que no contaba con este tipo de prestación se dispuso que fueran incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les fue 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.

⁹ Decreto 1794 de 2000, del 14 de septiembre de 2000.

¹⁰ Ibídem, Artículo 1.

¹¹ Ibídem. Artículo 2

¹² Ibídem Artículo 2



b) Prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento (50%)¹³ del salario básico devengado en el mes de Junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de Julio de cada año.

c) Prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%)¹⁴ del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto, es decir que se empezó a reconocer en el 2001.

De igual manera con la promulgación de este decreto el soldado profesional no solo le cancelan el valor de la prima de vacaciones sino que es deber del Comandante conceder el disfrute de las mismas por un término de treinta (30) días calendario por cada año de servicio cumplido, las cuales se distribuirán en tres períodos teniendo en cuenta el reentrenamiento y las necesidades del servicio.

d) Prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%)¹⁵ del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará en el mes de diciembre de cada año.

e) 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, caso en el cual hoy en día son destinados a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.

Concordante con lo anterior, como quiera que hoy en día las cesantías del soldado profesional son enviadas a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, se otorgó la posibilidad que este reciba el beneficio de subsidio para la adquisición de vivienda militar conforme lo establecido en la ley 1305 de 2009.

Pertinente resulta indicar que si bien se logró el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar, donde el Soldado Profesional de las Fuerzas Militares casado

13 Ibídem Artículo 3

14 Ibídem Artículo 4

15 Ibídem Artículo 5

o con unión marital de hecho vigente, se le reconoció el derecho a devengar un subsidio equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, teniendo el deber de reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente; esta prestación social fue abolida para el personal de Soldados Profesionales a través del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, el cual derogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, donde se preveía ello, percibiendo hoy día este beneficio únicamente los soldados e infantes de marina profesionales que antes de la expedición del decreto 3770 de 2009, se les había reconocido el mencionado subsidio.

4.3.4 EL SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley 21 de 1982¹⁶, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

ARTICULO 1o. *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. (Resalta la Sala).*

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.

En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional¹⁷, quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio, al efecto, estimó:

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

¹⁶ Por la cual se modifica el régimen de subsidio familiar y se dictan otras disposiciones.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-508 de 1997. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.



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 de seguridad social.

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue.

Es claro entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

El subsidio familiar puede otorgarse en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo, por la cual el beneficiario tiene derecho a la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la Ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades contemplado en la Ley.

4.3.5 EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LOS REGÍMENES ESPECIALES

La Corte Constitucional en sentencia C-229 de 30 de marzo de 2011¹⁸, se pronunció respecto al derecho a la igualdad y la aplicación de los regímenes especiales de la siguiente manera:

3.1 El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes¹⁹. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.

18 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp.8266

19 Citado: "Sobre el tema de la igualdad se ha pronunciado la Corte en múltiples sentencias, entre las cuales se pueden consultar la T-597 de 1993; C-461 de 1995; C-230 1994; C-101 de 2003 (sobre regímenes especiales)."

No obstante, el anterior enunciado puede presentar variables que por sí mismas no hacen que una norma sea discriminatoria. Así, el legislador puede dar un trato distinto a personas que, respecto de un cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales. Así mismo, la igualdad no excluye la posibilidad de que se procure un tratamiento diferente para sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique²⁰.

De este modo, no existe trato discriminatorio cuando el legislador otorga un tratamiento diferente a situaciones que, en principio, podrían ser catalogadas como iguales, si tal igualdad sólo es aparente o si existe una razón objetiva y razonable que justifique el trato divergente. De la misma manera, nada se opone a que el legislador prodigue un tratamiento idéntico a situaciones aparentemente distintas, pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad.

Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad²¹.

3.2 Sobre este punto se ha pronunciado en múltiples oportunidades esta corporación. Desde sus inicios manifestó al respecto:

El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes²².

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática²³.

3.3 Para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido como metodología válida la realización de un juicio de igualdad²⁴. Dicho juicio implica establecer cuáles son las situaciones o supuestos susceptibles de comparación con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo diferente que amerite un trato divergente. Una vez hecho lo anterior, hay que verificar si ese tratamiento obedece o no a criterios objetivos, razonables, proporcionados y que resulten acordes con una finalidad constitucional legítima. En últimas, lo que hay que establecer es si la norma objeto de control constitucional regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable. Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual²⁵.

20 Cita Transcrita: "Al respecto se ha pronunciado la Corte en las sentencias C-445 del 4 de octubre de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-590 del 7 de diciembre de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-173 del 29 de abril de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)"

21 "Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996."

22 "Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-526 del 18 de septiembre de 1992."

23 "Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992."

24 Cita Expresa: "Pueden consultarse las sentencias C-445 de 1995, ya citada, C-598 del 20 de noviembre de 1997, C-654 del 3 de diciembre de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-888 del 22 de octubre de 2002."

25 Citado: "Sobre la estructura del derecho a la igualdad y concretamente lo relacionado con el test de razonabilidad pueden consultarse las sentencias T-230 del 13 de mayo de 1994 y C-022



3.4. *En lo que concierne a regímenes especiales, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que su existencia, per se, no desconoce el principio de igualdad²⁶. Tales regímenes responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social²⁷ y su objetivo reside en la "protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados"²⁸. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinará su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P.)*

3.5. *En el marco específico de este régimen especial, la jurisprudencia ha aceptado que es posible entrar a comparar las eventuales diferencias de trato que se establecen en su interior entre dos grupos de personas: los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares²⁹.*

Ha justificado esta posibilidad en varias consideraciones: (i) Se trata de grupos que si bien no son idénticos si se encuentran en la misma situación de hecho; (ii) Las razones que justifican excluir a los oficiales del régimen prestacional general, son las mismas que justifican excluir a los suboficiales; (iii) Las especiales condiciones laborales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares es lo que lleva a la Constitución (artículo 217) y a la ley (artículo 279 de la Ley 100 de 1993) a ordenar al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos, sin distinguir entre oficiales o suboficiales; (iv) la regulación se efectuó mediante un solo decreto, el Decreto Ley 1211 de 1990, en el cual se contemplan varias normas que los cobijan a ambos grupos, en las que se establecen las mismas reglas y consecuencias jurídicas para oficiales y suboficiales^{30 #31}

Con lo anterior se indica que para poder entrar a verificar la vulneración del principio de igualdad en un caso, es necesario estimar, si los supuestos que se comparan merecen un trato igual y los diferentes merezcan un trato diferente, estableciendo la regla para determinar si los supuestos cumplen los requisitos para aplicar el test de igualdad.³²

4.4 DEL PRESENTE CASO:

de 1996, ya citada."

26 Citado por la sentencia citada: "Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En igual sentido se han proferido las sentencias C-654 de 1997, ya citada, C-080 del 17 de febrero de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-890 del 10 de noviembre de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-956 del 6 de septiembre de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y C-1032 del 27 de noviembre de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis)."

27 "Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)."

28 "Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)."

29 "Corte Constitucional, sentencia C-888 de 2002."

30 Cita exacta: "Dos de las situaciones en que el Decreto Ley 1211 de 1990 establecen tratos idénticos para oficiales y suboficiales, son por ejemplo el período de prueba (Art. 35) y el subsidio familiar (Art. 79)."

31 "Corte Constitucional, sentencia C-888 de 2002."

32 La Corte Constitucional estableció el test de igualdad, para determinar si en una norma, se vulnera el principio de igualdad. La jurisprudencia constitucional en sentencia C-288 de 2002, estableció una intensidad intermedia al analizar una norma expedida con fuerza de ley, en la que se regula el régimen especial de la fuerzas armadas: "El test de igualdad, en este grado intermedio de intensidad, según lo ha señalado la jurisprudencia supone tres pasos analíticos, con los siguiente parámetros de juicio en cada uno de ellos: (i) establecer si el fin buscado por la norma acusada es, por lo menos, importante constitucionalmente; (ii) establecer si el medio elegido no está prohibido; y (iii) determinar si el medio escogido es efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto"

Se encuentra acreditado que el señor HERNÁN SANABRIA NIÑO le fue reconocido por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares asignación de retiro por haber cumplido un tiempo de servicio de 21 años, 5 meses y 13 días³³, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y a la hoja de servicios militares del actor³⁴.

Por otro lado y como quiera que el actor fundamenta su acción en tres puntos centrales, resolveremos cada uno en el orden de las pretensiones y conforme al material probatorio arrimado por los extremos procesales.

4.4.1 ERROR EN EL CÁLCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Aduce el actor que doblemente se afectó el porcentaje de la prima de antigüedad, por cuanto en primer lugar, se tomó el porcentaje del 38.5 de la prima de antigüedad adicionándola con el 100% del salario básico y de ese resultado sacaron el 70 % de la asignación de retiro.

En cuanto a ello, obra en el expediente certificación de 21 de febrero de 2012 suscrita por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares³⁵, a través de la cual es posible evidenciar que si bien la entidad en la liquidación de la asignación de retiro tuvo en cuenta los factores salariales establecidos en el Art.16 del Decreto 4433 de 2004, no obstante, el cálculo resulta errado toda vez que doblemente se afectó la prima de antigüedad de la siguiente manera:

Sueldo Básico	\$749.840.00
38.50% Prima de Antigüedad	\$288.688.00
Sumatoria del sueldo básico más la prima de antigüedad	\$1.038.528.00
Asignación de Retiro 70%	\$726.970.00

La fórmula de cálculo atendiendo la norma, debe ser el 70% del sueldo básico, que en este caso, es de \$524.888.00 (749.840.00 *70% = 524.888.00), a lo que se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad, que es de \$288.688.00, sin aplicarle ningún porcentaje adicional,

33 Folios 2 a 3 del proceso.
34 Folios 118 y 119.
35 Folio 12 y 13.



por lo que la asignación de retiro, será la suma de estos resultados dando un total de \$813.576.00, $(288.688.00 + 524.888.00 = 813.576.00)$ ³⁶

Con lo anterior se observa que la forma en que se liquidó, erróneamente, por lo que el acto acusado viola la normatividad en la que se basa, debiéndose hacer el reajuste solicitado.

4.4.2 ASIGNACIÓN DE RETIRO CON BASE AL 60% DEL SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE ESTABLECIDO EN EL ART.1 DEL DECRETO 1794 DE 2000.

Atendiendo la naturaleza de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, como el establecimiento público del orden nacional encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios, conforme a la hoja de servicios militares remitida por el Ministerio de Defensa, conforme lo dispone el artículo 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990, respectivamente:

ARTÍCULO 234. RESOLUCIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. *El reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponda a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa y a los procedimientos y requisitos que establezca la citada Caja, mediante resolución del Director General, contra la cual procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario.*

ARTÍCULO 235. HOJA DE SERVICIOS. *La Hoja de Servicios será elaborada de acuerdo con Reglamentación del Ministerio de Defensa Nacional y expedida por el Jefe de Personal, con la aprobación del respectivo Comandante de Fuerza.*

En razón de ello, el demandante debió presentar dicha pretensión en contra del Ministerio de Defensa Nacional, quien a través del Grupo de Personal de la Armada Nacional, emite las hojas de servicios donde se relacionan los factores salariales devengados por el personal activo de la fuerzas militares, no siendo prudente endilgar tal responsabilidad a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues el porcentaje solicitado aún no ha sido reconocido por el Ministerio de Defensa Nacional.

Es de afirmar a todas luces, que CREMIL no se encuentra legitimada para calcular la base para la asignación salarial y prestacional de los servidores activos pertenecientes a la Fuerzas Militares, pues la entidad encargada de realizar el pago de dichos emolumentos durante el servicio activo es el Ministerio de Defensa Nacional y no la entidad demandada, la cual como ya se

³⁶ Los valores indicados con respecto al sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, son tomados del acto acusado. (Fol. 12)

observó solo calculará la asignación de retiro con base en la asignación efectivamente pagadas al beneficiario, que se observen en la respectiva hoja de servicios.

Por lo anterior el presente cargo no está llamado a prosperar.

4.4.3 VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD CON RESPECTO A LA NO INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR

El actor manifiesta que se violó su derecho a la igualdad por cuando no se incluyó el subsidio familiar como partida para liquidar la asignación de retiro, cuando a todos los demás, miembros del Ministerio de Defensa Nacional, así como a los Oficiales y Suboficiales y Policía Nacional se les tiene en cuenta.

El Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública en su artículo segundo consagra:

Artículo 2º. *Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, **que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.***(Negrilla nuestra)

Por su parte el artículo 13 de mismo Decreto expresa:

Artículo 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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



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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

Con base en ello, se tiene que el actor ingresó a la Armada Nacional el 1° de febrero de 1990 en condición de Soldado Regular, a partir del 1° de Agosto de 1991 como Soldado Voluntario y como Infante Profesional desde el 1° de noviembre de 2003, conforme a lo cual, a la fecha de vigencia del decreto, al actor no se le había consumado su derecho pensional, contaba aproximadamente con 14 años de servicio, es decir, que simplemente contaba con una mera expectativa del mismo, infiriéndose de tal situación que el actor se encuentra cobijado por las disposiciones del decreto 4433 de 2004, que no estipula dicha partida para el computo de la asignación de servicio de los Soldados Profesionales, tal como se observa en el artículo 13 citado.

En cuanto al tema de los derechos adquiridos y las meras expectativas, resulta procedente traer a colación lo sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 20 de octubre de 2011³⁷:

Los derechos adquiridos están referidos a situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado por Leyes posteriores que no pueden afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Existe un derecho adquirido cuando respecto de un determinado sujeto, los hechos descritos en las premisas normativas tienen debido cumplimiento. Por oposición, son meras expectativas aquellas probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad.

5.1. Además, la jurisprudencia ha estimado que los derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. En cambio, en las expectativas tales presupuestos no se han consolidado conforme a la Ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

En la sentencia C-147 de 1997, la Corte diferenció los derechos adquiridos de las meras expectativas, en cuanto al ámbito de protección constitucional. Sostuvo que estas últimas reciben una protección más precaria, puesto que "la Ley nueva sí

37 Expediente D.8469. Actor Álvaro Diazgranados de Pablo: M.P. Jorge Iván Palacio Palacio:

puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una Ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva". *Aclaró que las "expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el Legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social".*

El criterio de diferenciación establecido está permitido por la Constitución, ya que se trata de dar un tratamiento diferente a personas que pertenecen a categorías distintas. De un lado los pensionados, y del otro, quienes aspiran a serlo. El criterio de distinción es válido y razonable comoquiera que se establece entre quienes tienen un derecho adquirido y quienes no lo poseen, teniendo en cuenta el respeto al derecho del primer grupo mencionado.

Es de reiterar que para la fecha de vigencia del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, por el cual fue derogado el artículo 11 de la Ley 1794 de 2000, que regulaba tal prestación especialmente para los soldados profesionales, el actor había adquirido el derecho a seguir devengándolo. En vista de ello, se encuentra probado con la hoja de servicios³⁸ que el actor durante su servicio activo percibía el subsidio familiar en cuantía de un 4% de su asignación básica por encontrarse casado y tener dos hijos menores de edad.³⁹

Se tiene, que el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, no incluyó como partida de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales el subsidio familiar, como si lo estableció para los Oficiales y Sub Oficiales, puesto que en ese momento no tenían asignada como prestación el mencionado subsidio, como parte de su asignación salarial. Sin embargo, hay soldados que gozan de dicha prebenda por ser un derecho adquirido, como el caso del demandante, por lo que no se puede el análisis la vulneración del principio de igual de los soldados profesionales que efectivamente no la tienen, sino sobre los que la tienen como un derecho adquirido. Entonces el análisis se hará sobre los soldados que tiene el derecho adquirido al subsidio familiar como parte de su asignación básica en el servicio activo.

Atendiendo el verdadero sentido del subsidio familiar, el cual es de una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos con el fin de proteger la familia, no se entiende el por qué existe un trato diferencial para los oficiales y suboficiales que gozan de un nivel salarial superior, pues se entiende que los soldados profesionales tienen más bajos ingresos por lo que la

38 Folio 118 – 119 del expediente.

39 Ver Resolución de asignación de retiro fl.2



justificación del trato diferencial no se encuentra explícito en la norma, ni tiene un fin constitucional.

Seguidamente es de mencionar, que su sentido es contrario a los principios consagrados en la Ley 923 de 30 de diciembre 2004, norma que la preside y reglamenta "*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.*" La cual en su artículo segundo y siguiente establece:

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

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

ARTÍCULO 5o. LÍMITES LEGALES. Todo régimen pensional y/o de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos."

Si bien los oficiales y suboficiales tienen un nivel jerárquico diferente, con ocasión de su ingreso, grado de estudios y responsabilidades; estos 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

En atención a ello, se configura una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad y universalidad y consecuente desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar, demeritando a los Soldados Profesionales quienes perciben menos salario en el grupo de las Fuerzas Militares.

Por lo anterior, atendiendo el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, viola el principio Constitucional de igualdad así como de los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, por lo que deberá inaplicarse el

parágrafo del artículo 13, que impide el utilizar otros factores en la asignación de retiro, haciendo la salvedad que en cuanto los soldados e infantes de marina profesionales que tengan como derecho adquirido el subsidio familiar, éste será una partida computable para efectos de calcular su asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, tal como tienen derecho los otros miembros de las fuerzas militares.

Conforme a lo anterior, se dispondrá el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar a partir del 8 de septiembre de 2011, fecha a partir de la cual fue reconocida la asignación por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

4.5 REESTABLECIMIENTO DEL DERECHO E INDEXACIÓN

De acuerdo a lo probado en el proceso y los fundamentos jurídicos relacionados, este Despacho establece que el acto acusado está viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución y la ley, por lo que se accederá a las pretensiones del actor en los siguientes puntos:

(i) Respecto al reconocimiento del ajuste por el indebido cálculo para obtener el porcentaje de la asignación de retiro, ya que se trata de un procedimiento matemático que en nada implica el cambio de las disposiciones normativas especiales que regulan los derechos pensionales de los Soldados Profesionales.

(ii) Se accederá de incluir como partida de la asignación de retiro el subsidio familiar a partir del 8 de septiembre de 2011, por haberse configurado la violación al derecho de igualdad del demandante, ordenándose la inaplicación del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio Constitucional de igualdad, así como, los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, en el entendido que con respecto a los soldados e infantes de marina profesionales que tengan como derecho adquirido el subsidio familiar, éste será una partida computable para efectos de calcular su asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, tal como tienen derecho los otros miembros de las fuerzas militares.



Por lo anterior y a modo de restablecimiento del derecho se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, es decir, el 70% de la asignación básica, más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional e incluyendo el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica, desde el 8 de septiembre de 2011, fecha desde la que adquirió el derecho el demandante.

Por otra parte, se denegarán las pretensiones en relación con el ajuste del sueldo básico en el 60%, pues CREMIL no está legitimada para calcular la base para la asignación salarial y prestacional de los servidores públicos activos pertenecientes a la Fuerzas Militares, pues la entidad encargada de realizar el pago de dichos emolumentos durante el servicio activo es el Ministerio de Defensa Nacional y no la mencionada entidad, la cual como ya se observó solo calculará la asignación de retiro con base en la asignación efectivamente pagadas al beneficiario, que se observen en la respectiva hoja de servicios.

La pretensión concedida, deberá ser resuelta con aplicación de lo dispuesto en los artículos 187 y 192 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

F A L L A

PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional e ilegal para el caso concreto, el párrafo del artículo 13, del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio Constitucional de igualdad, así como, los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, en el entendido que con respecto a los soldados e infantes de marina profesionales que tengan como derecho adquirido el subsidio familiar, éste será una partida computable para efectos de calcular su asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, tal como tienen derecho los otros miembros de las fuerzas militares.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 8162 de 21 de febrero de 2012, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS

FUERZAS MILITARES – CREMIL, que negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro del señor HERNÁN SANABRIA NIÑO, identificado con C.C. N° 5.727.418, expedida en Rionegro, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho ORDÉNESE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, reliquidar la asignación de retiro del señor HERNÁN SANABRIA NIÑO, reconocida mediante Resolución N° 4168 de 8 de septiembre de 2011, teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, es decir, el 70% de la asignación básica, más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional e incluyendo el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica.

De la liquidación efectuada, la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho. La suma de dinero que resulte de la condena anterior, es decir las diferencias, se ajustará de acuerdo al índice de precios al consumidor tal como lo manifiesta el artículo 192 del CPACA.

CUARTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

QUINTO: Niéguese las demás suplicas de la demanda.

SEXTO: No hay lugar a condena en costas.

SÉPTIMO: Por Secretaría, hágase entrega al demandante, del saldo de gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

OCTAVO: Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO
Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° **2012-00056-00**
Demandante: HERNÁN SANABRIA NIÑO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez