

HONORABLES MAGISTRADOS

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Reparto

Bogotá, D.C.

S. D.

REF: **ACCION DE TUTELA** – Art. 86 C.N.

ACCIONANTE : ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA
ACCIONADO : TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA- SALA
PRIMERA DE DECISION-

PODER

ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA, ciudadano en ejercicio, mayor de edad, vecino y domiciliado en Tierralta (Córdoba), identificado como aparece junto a mi firma, me dirijo a los Honorables Magistrados por medio del presente documento para manifestar que otorgo **PODER ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE** a la Doctora GIOVANNA MARITZA ARIZA VASQUEZ con C.C. No.42.140.633 de Pereira, abogada en ejercicio con T. P. No.222.442 del Consejo Superior de la Judicatura para que en mi nombre y representación inicie y lleve hasta su terminación **“LA ACCION DE TUTELA” – contra fallo judicial – por violación al debido proceso – el derecho a la igualdad, la protección de la familia, afectación al mínimo vital, la reliquidación en la asignación de retiro de los factores prestacionales del SUBSIDIO FAMILIAR, LA PRIMA DE ANTIGUEDAD, y la DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD, así como a los principios de favorabilidad, y demás derechos conexos;** en contra del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA SALA PRIMERA DE DECISION Magistrado Ponente: PEDRO OLIVEELLA SOLANO, o quien haga sus veces al momento de la notificación, con el fin de TUTELAR LOS DERECHOS Y DEJAR **PARCIALMENTE SIN EFECTOS** el fallo con fecha de notificación electrónica del **07 de Diciembre de 2020** dentro del expediente No. **2300133330052017-00085-01** y que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería de fecha **14 de marzo de 2019** dentro del expediente No. **2300133330052017-00085-00** del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZA MILITARES CREMIL y en su efecto revocar parcialmente el fallo del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA- SALA PRIMERA DE DECISION-.

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que los hechos fundamentados en el presente escrito NO HAN SIDO OBJETO DE ACCION DE TUTELA ANTERIOR ante autoridad competente.

Mi apoderada tiene las facultades propias del artículo 77 del C. G. del P., las de recibir, cobrar, transigir, conciliar, renunciar, sustituir, reasumir la sustitución y notificarse.

Atentamente,

Argemiro Senior Altamiranda
ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA
C.C. No.78.764.570

Acepto:

Giovanna Maritza Ariza Vasquez
GIOVANNA MARITZA ARIZA
VASQUEZ

C. C. No. 42.140.633 de Pereira
T. P. No. 222.442 del C. S. de la J.





DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL
Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015



3012230

En la ciudad de Montería, Departamento de Córdoba, República de Colombia, el veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021), en la Notaría Tercera (3) del Círculo de Montería, compareció: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA, identificado con Cédula de Ciudadanía / NUIP 78764570, presentó el documento dirigido a INTERESADO y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.

Argemiro Senior



v5z5g90j3ln1
28/05/2021 - 14:09:28



----- Firma autógrafa -----

Conforme al Artículo 18 del Decreto - Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.
Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.



MIGUEL FRANCISCO PUCHE YÁÑEZ

Notario Tercero (3) del Círculo de Montería, Departamento de Córdoba

NOTARIA VEINTITRES DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ, D.C.

FIRMA REGISTRADA

El 04/06/2021 a las 02:48:07 p.m.



documento en www.notariasegura.com.co
Único de Transacción: v5z5g90j3ln1

La Notaria 23 del círculo de Bogotá, da fé de que la firma puesta en el anterior documento es similar a la que:

ARIZA VASQUEZ GIOVANNA MARITZA

Identificado con: C.C. 42140633

Registro ante mi lo que hago previa confrontación de los documentos. ART. 73 DC 960 1970

ce3cxrddxcxre3



ESTHER MARITZA BONIVENTO
JOHNSON NOTARIA 23

**HONORABLES MAGISTRADOS
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - REPARTO
BOGOTÁ, D.C.
S. D.**

REF: **ACCION DE TUTELA** - Art. 86 C.N.

ACCIONANTE : ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA
ACCIONADO : TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA – SALA
PRIMERA DE DECISION

Cordial saludo

GIOVANNA MARITZA ARIZA VASQUEZ, ciudadana y abogada en ejercicio, identificada como aparece junto a mi firma y actuando en representación mediante poder del accionante, muy respetuosamente me dirijo a los **HONORABLES MAGISTRADOS** con el fin de presentar **“ACCION DE TUTELA”** contra fallo judicial por violación al Debido Proceso, defecto sustancial por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad y violación directa de la Constitución y demás derechos conexos; en contra del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA – SALA PRIMERA DE DECISION**- Magistrado Ponente: PEDRO OLIVELLA SOLANO o quien haga sus veces al momento de la notificación, con el fin de TUTELAR LOS DERECHOS Y **DEJAR PARCIALMENTE SIN EFECTOS** el fallo con fecha de notificación electrónica del **07 de diciembre de 2020** dentro del expediente No. **2300133330052017-00085-01** que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería de fecha **14 de marzo de 2019** dentro del expediente No. **2300133330052017-00085-00** del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL – y en su efecto revocar parcialmente el fallo del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA – SALA PRIMERA DE DECISION.

JURAMENTO

MANIFIESTO BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO QUE LOS HECHOS FUNDAMENTADOS EN EL PRESENTE ESCRITO NO HAN SIDO OBJETO DE ACCION DE TUTELA ANTERIOR ANTE AUTORIDAD COMPETENTE.

HECHOS:

1. En **14 de marzo de 2019**, el **Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería** con radicado No. **2300133330052017-00085-00** dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, emitiendo fallo NEGANDO las pretensiones de la demanda.

“RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.”

2. En **Diciembre 03 de 2020** con fecha de notificación electrónica de **Diciembre 07 de 2020** en sentencia del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA** expediente No. **2300133330052017-00085-01** del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, emite fallo:

“Primero.- CONFIRMAR la sentencia del **14 de marzo de 2019** proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia”

3. En la parte motiva el ad-quem, manifiesta:

“Revisado el material probatorio se tiene que, en relación con la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro incluyendo como partida computable el subsidio familiar, se precisa que el actor al momento de su retiro devengaba el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 en un porcentaje de 30%, por lo que al liquidarle su asignación de retiro lo tuvieron en cuenta como partida computable en el mismo porcentaje, por lo que es dable concluir que este reconocimiento no está viciado de nulidad, toda vez que al causarse su derecho a la asignación de retiro con posterioridad a julio de 2014, lo procedente era incluir el subsidio familiar devengado en actividad.”(...)

“De igual forma, el Tribunal Administrativo de Córdoba –Sala Primera de Decisión manifestó: “Finalmente, en lo relacionado con la prima de antigüedad, se tiene que en la resolución de reconocimiento se tuvo en cuenta la misma como partida computable en un porcentaje de 38.5%, y al realizar el cálculo correspondiente se advierte que CREMIL aplicó dicho porcentaje a la totalidad del salario (salario mínimo mensual vigente + 60%), por lo que se concluye que se encuentra bien liquidada.”

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA[21]¹⁻²

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

¹ ST-616 de 2016.

² SU-917 de 2010; SU-195 de 2012, SU-515 de 2013 y SU-769 de 2014, y mantiene la postura reciente y uniforme de esta Corporación en la materia.

El artículo 86 de la Carta Política establece que a través de ese mecanismo constitucional puede reclamarse la protección de los derechos fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados ante la acción u omisión de cualquier autoridad pública. De la lectura de esta disposición se desprende que el Constituyente no realizó distinción alguna respecto de los ámbitos de la función pública en los cuales tales derechos podrían resultar vulnerados. Por eso, la acción de tutela procede contra los actos o las decisiones proferidas en ejercicio de la función jurisdiccional[22].³

Ha señalado la Corte que esa regla se deriva del texto de la Constitución en concordancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos[23]⁴ (aprobada mediante la Ley 16 de 1972) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[24]⁵ (aprobado mediante la Ley 74 de 1968), que reconocen que toda persona podrá hacer uso de mecanismos judiciales ágiles y efectivos que los amparen contra la violación de sus derechos, aún si esta se causa por quienes actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.

CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

LA Corte Constitucional [24] ⁶, identifico cuales serían tales vicios, de los cuales se presentan en la acción de tutela los vulnerados por los operadores judiciales **el defecto material o sustantivo** por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad y la **violación directa a la Constitución**:

.....

*d. **Defecto material o sustantivo**, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.* ⁷

*e. **Violación directa a la Constitución.***

El **Defecto material o sustantivo** en diferentes pronunciamientos⁸, la Corte ha denominado el defecto sustantivo como una condición de procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales. Al respecto ha señalado que se presenta por las siguientes razones ⁹:

1. La decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, bien sea, porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional

³ Cfr. Sentencia T-949 de 2003. Ver, entre muchas otras, las Sentencias T-327 de 1994, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-121 de 1999, T-806 de 2000, T-1001 de 2001.

⁴ "Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.

⁵ Artículo 2. (...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo.

⁶ SU-917 de 2010, SU-195 de 2012, SU-515 de 2013 y SU-769 de 2014.

⁷ ST-522 de 2001.

⁸ ST-364 de 2009, ST-189 de 2005, ST-205 de 2004, ST-800 de 2006, SU-159 de 2002.

⁹ ST-781 de 2011.

2. La interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance.

3. Se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

4. La norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada.

5. Se aplica una norma que a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.

DEFECTO SUSTANTIVO Y VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POR INAPLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ¹⁰

Reiteración de jurisprudencia

5.1. **La excepción de inconstitucionalidad** ha sido explicada por esta Corporación en los siguientes términos: “es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un **deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales**”. [52] ¹¹

Esta figura encuentra fundamento en el **artículo 4º Superior** que establece que, cuando existan normas contrarias a la Constitución, se aplicarán las medidas contenidas en la Carta Política, debido a su superioridad jerárquica. Bajo ese entendido, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política ¹².

.....

5.2. En lo que tiene que ver con la acción de tutela contra providencias judiciales la Corte ha sostenido que cuando el funcionario inaplica la excepción solicitada por las partes, siendo procedente, genera un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Sobre el particular, ha manifestado: “Éste defecto se presenta cuando la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (b) es inconstitucional, (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación de la norma constitucional pertinente, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución. Se considera igualmente defecto sustantivo el hecho de que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados, (e) con una insuficiente

¹⁰ ST - 616 de 2016.

¹¹ ST - 389 de 2009.

¹² SU - 132 de 2013.

sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; (f) cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente; o (g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso.” [42]¹³ (Negrilla fuera del texto).

Siendo así, el motivo por el cual se considera que la omisión en el uso de la excepción de inconstitucionalidad puede constituir un defecto sustantivo es porque el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que esta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Constitución. En otras palabras, porque basó su decisión en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Carta, generando un quebrantamiento de la misma. [43]¹⁴

5.3. Ahora bien, ese proceder del juez ordinario puede dar lugar a la configuración de otra causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, denominada “violación directa de la Constitución”, que implica la interpretación legal inconstitucional o inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad [44]¹⁵. Sobre esta causal la Corte ha señalado:

“Causal de procedencia de la acción de tutela que se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política. A este respecto, debe insistirse en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados” [45]¹⁶

De lo mencionado se deriva que se configura esta causal cuando el funcionario judicial adopta una decisión que desconoce los principios y derechos contenidos en la Constitución Política o inaplica la excepción de inconstitucionalidad de una norma inferior a las constitucionales y contraria a las mismas [46]¹⁷.

5.4. De todo lo anterior es posible concluir que siempre que un juez se encuentra ante una norma que en el caso en concreto contraría lo estipulado en la Constitución, tiene el deber de inaplicar dicha norma bajo la figura o herramienta de la excepción de inconstitucionalidad. Para que ello proceda, es preciso que la disposición que pretende inaplicarse no haya sido objeto de control abstracto por parte de esta Corporación.

6. El derecho a la defensa como garantía constitucional

6.1. El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, entendido como el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de tal manera que durante el trámite esta persona

¹³ Sentencia T-178 de 2012, T-172 de 2012, T-118 de 2012, SU-448 de 2011, T-018 de 2011, T-786 de 2011, T-033 de 2010, T-217 de 2010, T-976 de 2008, T-808 de 2007, T-047 de 2005, SU-159 de 2002, SU-1184 de 2001, T-1031 de 2001, entre otras.

¹⁴ SU-132 de 2013.

¹⁵ ST-551 de 2010.

¹⁶ ST-555 de 2009.

¹⁷ El concepto de violación directa a la constitución: ST-551 de 2010, ST-1028 de 2010, SU-195 de 2012, entre otras.

pueda hacer valer sus derechos y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, garantizando la recta y cumplida administración de justicia [47]¹⁸.

Uno de los componentes del derecho al debido proceso es el derecho a la defensa, establecido en el artículo 8° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José, el cual señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, y a contar con la oportunidad y el tiempo para preparar su defensa.

El derecho a la defensa ha sido definido por esta Corporación como “la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga” [48]¹⁹.

Bajo ese entendido, ha sostenido que la importancia de esta garantía radica en que con ella se busca “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado” y en que constituye “un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico” [50]²⁰.

6.2. Así, para que se acredite el pleno y efectivo cumplimiento del derecho al debido proceso -garantía consagrada en el ordenamiento interno y en instrumentos internacionales-, es necesario que toda persona tenga la oportunidad de presentar sus argumentos y controvertir las pruebas, así como ejercer todas las actuaciones que considere pertinentes dentro del proceso en el que se encuentra inmerso.

7. Principio de justicia material y prevalencia del derecho sustancial

7.1. El artículo 229 de la Constitución consagra el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas [51]²¹, en virtud del cual “las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas” [52]²².

Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte se ha referido al principio de la justicia material para resolver asuntos de diferente índole dentro de la reclamación de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela. Así, ha señalado que este principio “se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales” [53]²³.

La aplicación de este principio es de carácter obligatorio dentro de las actuaciones y decisiones de la Administración cuando define situaciones jurídicas, las cuales además de ajustarse al ordenamiento jurídico y de ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa o motivo, deben responder a la idea de la justicia material.

¹⁸ ST-068 de 2005 y SC-025 de 2009.

¹⁹ SC-617 de 1996 y SC-025 de 2009.

²⁰ SC-799 de 2005 y SC-025 de 2009.

²¹ Artículo 229: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y **en ellas prevalecerá el derecho sustancial**. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”. (Subrayado fuera de texto)

²² Sentencia T-268 de 2010. Cfr. Sentencia C-029 de 1995

²³ Sentencia T-429 de 1994.

De igual forma, lo es en la función ejercida por los jueces dentro del estudio de los casos concretos, quienes dentro del análisis probatorio deben evitar incurrir en el exceso ritual manifiesto, en la inobservancia del material probatorio, y por el contrario han de sujetarse a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, como la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas[55]²⁴.

En este orden de ideas, bajo los principios de la nueva Constitución, se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial[56]²⁵, es decir, son los jueces de la República, como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, quienes deben dirigir sus actuaciones a materializar un orden justo, que se soporte en decisiones que consulten la realidad, permitan la vigencia del derecho sustancial y con ello la realización de la justicia material.

De acuerdo a lo anterior, es necesario precisar que el derecho procesal encuentra su objetivo en la obtención de una verdadera justicia material a través de la efectiva contribución a la realización de derechos subjetivos[57]²⁶. De lo contrario, se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso de ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.

.....

7.2. En definitiva, tanto la actividad estatal como la función de administración de justicia están sometidas a la aplicación de los requisitos, formas y procedimientos establecidos para la demostración de los hechos que llevan al reconocimiento de los derechos reclamados. Sin embargo, en aras de la efectiva protección de las garantías fundamentales se deben ponderar tales requisitos con los demás principios que conforman el ordenamiento jurídico, para que sus decisiones no se basen únicamente en la observancia de la ritualidad sino en las condiciones específicas del afectado y las circunstancias particulares del caso concreto.

Adicionalmente a lo expuesto, la jurisprudencia ha establecido que, “*cuando el funcionario no aplica la excepción solicitada por las partes, siendo procedente, genera específicamente, un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad, Éste defecto se presenta cuando.... (b) es inconstitucional...., también puede “por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución”, se considera igualmente defecto sustantivo.*”²⁷

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ ²⁸

²⁴ ST-352 de 2012. Cfr. ST-1306 de 2001.

²⁵ Sentencia SU-678 de 2014.

²⁶ Sentencia T-352 de 2012.

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL., SU 132 de 2013. M. P. ALEXEI JULIO ESTRADA. “[...] la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B, Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número:

La sala plena del Consejo de Estado, mediante sentencia de 5 de agosto de 2014, expediente 11001-03-15-000-2012-02201-01, precisó como término razonable para ejercer la acción de tutela contra providencias judiciales dictadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, seis (6) meses contados a partir de su notificación o ejecutoria.

*...
[...] Para la Sala, la inmediatez es una condición que permite concretar la urgencia del amparo constitucional y, por tanto, determinar si la acción se interpuso en un plazo razonable.*

Justamente, porque la acción de tutela es un medio excepcional para la protección pronta y eficaz de tales derechos, se requiere que la acción se ejerza en un tiempo razonable, prudencial, requisito que garantiza la realización del principio de seguridad jurídica y, por ende, el de la cosa juzgada, al asegurar que la decisión judicial alcance el grado de certeza material, que la hace definitiva e inmutable.

*.....
Por eso, la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente.*

Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad.

La regla general del plazo de seis meses se acoge, además, teniendo en cuenta: i) que el plazo ha sido considerado como razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y; (ii) se trata de una decisión judicial adoptada en un proceso jurisdiccional.

DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO POR INAPLICACIÓN DE EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Y

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION

HONORABLES MAGISTRADOS, en el fallo judicial – proferido por **JUZGADO TERCERO ORAL DEL CIRCUITO DE MONTERIA**, ratificado por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA** se puede evidenciar que se configura un defecto sustantivo por *cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución*, de igual forma, una violación directa a la Constitución.

De conformidad con el artículo 4º de la Constitución Política establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se aplicarán las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica. Lo anterior fundamenta el objeto de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad.

Bien es cierto, que, para el caso en concreto, es de tener en cuenta que el actor, hace parte como funcionario de las Fuerza Pública, la cual al amparo del art. 150 numeral 19, literal 3, Constitucional goza de un **REGIMEN ESPECIAL**.

Tanto el ad-quo, como el ad quen, debieron aplicar la SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, los PRINCIPIOS VALORES Y DERECHOS fundamentales consagrados en la C.N., orden social y económico justo (preámbulo), la filosofía constitucional contenida en los principios de dignidad humana, solidaridad y de la consagración del trabajo como valor, derecho subjetivo y deber social,(**art. 1**), el fin que se atribuye al Estado de promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (arts. **2, 334 y 366**), el principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (**art. 13**), **la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (art. 53)**, deber del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. **334**), la prohibición de discriminación contenida en Tratados y convenio Internacionales firmados y ratificados por Colombia Convenios 95, 100 y 111 de la O.I.T relativos a protección y discriminación salarial, que en virtud de los artículo 53 y 93 de la Constitución Política hacen parte del bloque de constitucionalidad, el **art. 21**, de la **CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** “Pacto de San José” –ratificado mediante Ley 16 de 1972, el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho, como es el efecto por principio de favorabilidad, el incremento de

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.

El subsidio familiar por los principios y objetivos que lo inspiran y que persiguen son definidos por la ley y 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.

El subsidio familiar se deriva 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.

La Sentencia C-1173 de 2001, la Corte Constitucional consideró que el subsidio familiar ostenta la triple condición de prestación de la seguridad social, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio, así:

"Naturaleza jurídica del subsidio familiar. 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 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."

La Sección Segunda del Consejo de Estado también se ha pronunciado respecto de la naturaleza prestacional del subsidio familiar en favor de personas con bajos ingresos, así:

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 Constitucional (C-508/97), 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. (...)

Se tiene 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 Ley²⁹

En el caso que nos ocupa tenemos,

1. El Accionante ingresó al Ejército Nacional de Colombia como soldado voluntario de acuerdo a la Ley 131 de 1985, con una asignación salarial básica regulada en el artículo 4 de la mencionada ley 131 de 1985. El Decreto 1794 de 2000 estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la fuerza pública determinando en su artículo la asignación salarial.
2. El accionante estuvo vinculado al Ejército Nacional de Colombia durante más de 20 años 7 meses y 20 días (conforme hoja de tiempo de servicios aportada) , tiempo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
3. En la liquidación de la asignación se está tomando la partida del subsidio familiar en un 30% según el Decreto 1162 de 2014, empero, el Decreto 1161 estipula que a partir de julio de 2014 se debe liquidar en un 70%, **lo que vulnera el derecho a la igualdad.**
4. El Decreto 4433 de 2004 no reguló para los soldados profesionales como partida computable en la asignación la duodécima parte de la prima de navidad, **lo que acarrea una discriminación y violación al derecho de igualdad.**

En lo atinente a la pretensión de inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, señala la Sala que el subsidio de familia fue consagrado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 de la siguiente manera:

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 23 de octubre de 2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-00251- 01(1276-07).

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.

Posteriormente la anterior norma fue derogada por el artículo 1º del Decreto 3770 de septiembre 25 de 2009, y quedó de la siguiente manera.

Artículo 1. 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.

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que dispuso cuáles son las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares **no estableció el subsidio familiar**, devengado por los soldados profesionales, como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, como sí lo hizo para los soldados y suboficiales (art. 13); situación que generó múltiples pronunciamientos de nuestro Máximo Tribunal, en el sentido de que dicha situación resultaba ser **violatoria del principio de igualdad, pues está excluyendo de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares.**

No obstante, posteriormente el Decreto 1162 de 2014 «Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.», dispuso lo siguiente en relación con los soldados profesionales como es el caso del demandante:

ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; 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 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Por su parte, el Decreto 1161 de 2014 Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones, estableció.

Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 10 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.

Es así como en vigencia del Decreto 4433 de 2004, el subsidio familiar no estaba consagrado como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales, no obstante, con la entrada en vigencia del referido Decreto 1162 de 2014 los soldados profesionales que venían devengando dicho subsidio conforme lo prevén los Decretos 1794 da 2000 y 3770 de 2009, tienen derecho a que se incluya en su asignación básica como partida computable el subsidio familiar en un porcentaje del 30% de lo devengado en actividad, sin embargo, el Decreto 1161 de 2004, indicó que dicho beneficio se computará en un 70% del total que se devengue en actividad, para quienes no percibieran el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

Si bien es cierto que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2004, relativo al subsidio familiar, también lo es que aquel garantizó a los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las fuerzas militares que lo devengaban, continuar percibiendo el subsidio familiar, hasta la fecha de retiro.

No obstante, el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 20175, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar, sin tener en cuenta que el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014,6 creó nuevamente dicho subsidio, a partir del 1º de julio de 2014, conforme quedó transcrito

El hecho de que el Decreto 1162 de 2014 disponga que el subsidio familiar para quienes lo venían devengando conforme a los Decretos 1794 da 2000 y 3770 de 2009, debe liquidarse en un 30% de lo devengado en actividad, comporta un trato discriminatorio, como quiera que el Decreto 1161 de la misma anualidad determina su valor en un 70% de la asignación básica, con el único criterio discriminador y diferenciador de

establecer que dicho porcentaje aplica para quienes no percibieran el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, situación que evidencia, se reitera, un trato de discriminación injustificado entre quienes venían devengando el subsidio familiar con base en los mencionados decretos y quienes no, al permitirse la inclusión del mismo en la asignación de retiro de los primeros en un porcentaje inferior al establecido para los segundos.

Ahora bien, frente al tema de discriminación y vulneración a Derecho a la Igualdad, se tiene que el actor en servicio activo fungió como soldado voluntario y como soldado profesional en virtud el decreto 1794 de 2000, es beneficiario subsidio familiar, por lo tanto, tras veinte años de servicio se retiró del servicio, se le efectuó el reconocimiento de su asignación de retiro, incluyendo como partida computable el subsidio familiar con base en el **Decreto 1162 de 2014 disponga que el subsidio familiar para quienes lo venían devengando conforme a los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, debe liquidarse en un 30% de lo devengado en actividad**, con lo cual se vulnera la constitución, la ley sino también se generó la pérdida de el poder adquisitivo de los salarios, se vulnero el principio de igual y se discrimino siendo esto contrario a lo tantas veces reiterados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y contenida en Tratados y convenios Internacionales firmados y ratificados por Colombia, como los Convenios 95, 100 y 111 de la O.I.T relativos a protección y discriminación salarial, que en virtud de los artículo 53 y 93 de la Constitución Política hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Se vulneró La Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional 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. El artículo 2° de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 señaló la Igualdad y la equidad como principios medulares para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, **y estableció como objetivo y criterio la prohibición de discriminar por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.**

De tal manera que la vulneración de tales principios, objetivos y criterios conlleva la ineficacia del régimen pensional y/o de asignación de retiro respectivo, tal como lo previó expresamente el artículo 5° de la referida Ley 923:

"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"

Respecto al derecho a la igualdad y su vulneración la Corte Constitucional ha manifestado:

“El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes”³⁰.

El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas. No obstante, el anterior enunciado puede presentar variables que por sí mismas no hacen que una norma sea discriminatoria.

Así, el legislador puede dar un trato distinto a personas que, respecto de un cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales. Así mismo, la igualdad no excluye la posibilidad de que se procure un tratamiento diferente para sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique”³¹

Ahora bien, el legislador se encuentra facultado para expedir normas en donde se otorgue un trato diferencial, esta distinción debe tener un fundamento racional y objetivo que se encuentre en concordancia con la finalidad de la norma; empero, en lo que respecta al artículo 1º del Decreto 1162 de 2014 que dispone, como se dijo, la regulación del subsidio familiar en un monto del 30% para los soldados que devengaban esta partida con base al Decreto 1794 de 2000 y el Decreto 3770 de 2009, se establece violación al derecho a la igualdad, toda vez que al analizar la norma y el espíritu de esta partida (subsidio familiar), no se establece un fundamento racional y objetivo que permita poner en un plano de mayor protección a los soldados profesionales que no percibían el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, frente a los soldados profesionales que venían devengando el subsidio familiar con base en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, como lo es el caso del demandante, pues la finalidad de dicho subsidio para ambos casos consiste en aliviar a los trabajadores del nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, de las cargas económicas derivadas del sostenimiento de sus seres queridos, lo que en otras palabras significa brindar una protección especial a las familias que por sus bajos ingresos se encuentran en un mayor estado de vulnerabilidad.

Al establecer el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014 y el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014, un porcentaje diferente para incluir el subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales que devengaban dicha partida conforme al Decreto 1794 de 2000 y el Decreto 3770 de 2009, con respecto de los soldados profesionales que no percibían el subsidio familiar regulado en los referidos Decretos, tal circunstancia se torna violatoria del

³⁰ C-299 de 2011

³¹ C-299 de 2011

derecho a la igualdad, razón por la cual, se debe dar aplicación al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece la facultad judicial de inaplicar una norma (Art. 1º del Decreto 1162 de 2014) cuando esta contraviene la Constitución Política, pero solo para el caso concreto y con efectos inter partes, aun de oficio y por cuanto no se vulnera el principio de non reformatio in pejus comoquiera que el actor es apelante en este caso.

IGUALDAD COMO PRINCIPIO, VALOR Y DERECHO FUNDAMENTAL

Ahora bien, el principio de igualdad, en el preámbulo a partir de la Constitución Política de 1991, como concepción en un Estado Social de Derecho, recibe una triple connotación, buscando concretar una *igualdad material* al consagrarla como valor principio y derecho fundamental, garantizando un orden político, económico y social justo a sus ciudadanos, y la base de la estructura de una sociedad justa.

La Igualdad, como **valor, principio y derecho**, tiene fundamento en la **dignidad de la persona humana**, condición que debe ser entendida en provecho de toda persona desde la óptica de los derechos humanos que conlleva a hacer que todos tengamos una igualdad esencial, el derecho a la igualdad soportado en la dignidad es connatural al ser humano toda vez que *“todo ser humano tiene derecho a ser tratado de la misma manera, en circunstancias similares, implica, respecto del Estado garante, el deber jurídico correlativo, por parte de las autoridades que lo integran, consistente en la ausencia total de cualquier clase de tratos discriminatorios o inequitativos que atenten contra la dignidad humana”*³², lo que conlleva a la afirmación de *igualdad de seres humanos iguales en derechos iguales ante la ley*.

En el campo de los derechos humanos, el principio de igualdad a obtener un trato *igual es valor para el hombre en cuanto a lo genérico*³³ y un derecho toda vez que constituye el requisito necesario para el efectivo goce de otros derechos, ahora bien, desde el punto de vista de los derechos humanos, el principio de igualdad significa que los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos humanos³⁴, iguales entre todos, sin distinción de raza, sexo o religión, el principio de igualdad es el resultado de un proceso de eliminación de la discriminación.

Así mismo, desde el punto de vista relacional, el principio de igualdad debe ser entendido desde dos enfoques, igualdad en la aplicación de la ley, siempre y cuando la diferencia de trato esté sujeta a un término de comparación válido, es decir, siempre en comparación con algo; La igualdad en la ley significa que no existe tratamiento de desigualdad o

³² Carbonell, M. (2003). El principio constitucional de igualdad, Mexico, 2003

³³ Bobbio, Norberto. Igualdad y libertad, 1993.

³⁴ Bobbio, Norberto. El Tiempo de los Derechos, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

discriminación en el contenido de la ley³⁵, tiene como finalidad evitar que en la interpretación o en la aplicación de una norma se presente discriminación.

La distinción entre igualdad ante la ley (formal), propio del Estado Liberal, implica la garantía de idéntico trato en la aplicación del derecho, mientras el principio de igualdad en la ley (material) o real consiste en la aplicación de la igualdad en el Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos,³⁶ en otras palabras, la exigencia de que todos los seres humanos serán tratados en igualdad de condiciones en la aplicación de una norma, de tal suerte que la igualdad se traduce en no discriminación, en establecer por parte del Estado una protección para aquellos que se encuentran en desigualdad frente a los demás.

El derecho a la igualdad en la Constitución política de 1991, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial en cuanto a la protección de los derechos laborales contemplados en el artículo 53 de la Constitución Política³⁷ al amparo de los tratados internacionales³⁸ ratificados por Colombia.

En el ámbito laboral, se ve afectado el derecho a la igualdad por un trato desigual en materia salarial y por ello la Corte Constitucional atendiendo las directrices y los acuerdos de la Organización internacional del trabajo OIT, tratados suscritos por Colombia han conforman el llamado bloque de constitucionalidad que contiene líneas a seguir con el fin de superar la desigualdad y asegurar la igualdad y el disfrute de los derechos, para garantizar a los trabajadores un trato digno y justo salarial que les permita superar las diferencias y desigualdades con el objetivo de eliminar las desventajas entre iguales.

³⁵ Gaviria de Cara, Juan, Contenido y función del termino de comparación en la aplicación del principio de igualdad, editorial Aranzadi, 2005.

³⁶ Ibídem.

³⁷ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 53, señala que: "[...] El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales;; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;..... garantía a la seguridad social,"

³⁸ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 93, señala: "[...] Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno."

La **ST- 230 de 1994**, considerada la sentencia hito, señala que al *“principio de igualdad no solo como la obligación objetiva de trato semejante por parte de las autoridades públicas³⁹, sino como derecho subjetivo a ser tratado igual, toda vez que la igualdad solo se logra a partir de la igualdad real y efectiva derivada de los derechos consagrados en la ley y en su aplicación.*

Incrementar los salarios por debajo de los incrementos de los demás trabajadores, implica, un tratamiento discriminatorio en perjuicio de los Miembros de las Fuerzas Militares activos estuvo por debajo del Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.), durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 31 de diciembre de 2004, servidores públicos, que cumplen con un mandato constitucional, su finalidad es la defensa de la Soberanía Nacional, independencia e integridad Nacional,⁴⁰ mantener la integridad del territorio y el orden constitucional justo⁴¹, dicho tratamiento rompe el principio de igualdad en la medida en que la situación de todos los trabajadores está igualmente afectada por la situación económica y, en especial, por el fenómeno inflacionario, manifiesta la corte *“Y si el Estado debe preservar el valor real del salario, como se ha visto, no existe fundamento razonable para que solamente en relación con determinados servidores se logre este propósito y en cambio se desatienda con respecto a otros”⁴².*

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-230/94. M. P. Eduardo Muñoz Cifuentes. “[...] La textura abierta de los textos constitucionales que consagran principios y valores, determina un margen amplio de apreciación judicial. Esta libertad en la interpretación es considerada una de las condiciones para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. Se parte aquí del postulado - ya previsto por Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* - según el cual, los meros conceptos legales, en ocasiones, resultan insuficientes para el logro de la justicia real y efectiva” .

⁴⁰ Decreto 1211 de 1990. Artículo 1. [...] “Las Fuerzas Militares son las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía nacional y de las instituciones patrias. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.”

⁴¹ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 2, reconoce: “[...] Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo).

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-1433/2000. M. P. ANTONIO BARRERA CARBONEL. “[...] “Y si el Estado debe preservar el valor real del salario, como se ha visto, no existe fundamento razonable para que solamente en relación con determinados servidores se logre este propósito y en cambio se desatienda con respecto a otros”

TRABAJO COMO PRINCIPIO VALOR DEBER Y DERECHO FUNDAMENTAL

EI DEBER CONSTITUCIONAL del Estado de conservar el poder adquisitivo del salario, y asegurar con su incremento el valor propio del trabajo, el mínimo vital, la dignidad y la justicia del trabajo, el salario y la movilidad del mismo.

El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución, ha manifestado la Corte que “***las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico***”⁴³, las leyes expedidas por el Congreso ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico, y los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella.

La jerarquía de las normas con la Constitución Política a la cabeza como fuente de validez lo cual implica que las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, en esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento de validez y que garantiza su coherencia interna.

De la condición jerárquica del sistema jurídico se desprende la necesidad de aplicar la herramienta de la *excepción de inconstitucionalidad* a aquellas disposiciones que por ser contrarias a la Constitución Política carecen de validez causando una ruptura de la armonía normativa, la Corte aprecia que, “*La Constitución tiene un impacto directo sobre todo el resto del orden jurídico, que impone a cualquier juez el fallar realizando, es decir haciendo efectivos en el plano de los hechos, los principios y valores contenidos en la Constitución, especialmente los enunciados en el artículo 2° superior*”.⁴⁴

La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructural del orden justo jurídico, en virtud del cual, se imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución al derecho positivo, en otras palabras, el orden jurídico se estructura a partir de la Carta Fundamental.

El Estado social de derecho, implica la sujeción formal al derecho y una sujeción material del derecho a unos contenidos sustanciales de las normas, la validez; y la justicia, de conformidad con el artículo 4° de la Carta, que define a la Constitución como norma de

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-037 de 2000. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. “[...] La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular.

⁴⁴ Idem.

normas, tales valores y principios constitucionales tienen un contenido jerárquicamente superior al resto del ordenamiento jurídico, así como formalmente la Constitución es también superior a las demás normas, al respecto la Corte Constitucional ha manifestado **“el ordenamiento jurídico colombiano es un sistema material y formalmente jerárquico de normas, que tiene en la cúspide a la Constitución. La preceptiva constitucional entonces irradia con sus preceptos al resto de la normatividad vigente. Toda norma positiva tiene en última instancia una base constitucional. Luego una disposición del derecho positivo colombiano, a partir de la definición del Estado social de derecho, es aplicable sólo cuando reúna dos requisitos: que formalmente haya sido expedida de manera regular y que materialmente sea conforme a los valores y principios fundamentales de la Constitución”**⁴⁵, un ordenamiento jurídico en un Estado de derecho se caracteriza materialmente por la consagración de un orden social justo y formalmente, por su estructura jerárquica.

El artículo 4 de la Constitución Política indica: **“La Constitución es norma de normas, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”**. Así, lo ha indicado la Corte Constitucional al expresar **“La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez”**⁴⁶, La Constitución precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello es fuente de fuentes y norma de normas.

La jerarquía implica, además, unidad, lo cual implica según lo ha manifestado la Corte Constitucional que **“Si una norma jerárquicamente inferior desconoce una norma superior, ella es susceptible de ser inaplicada, una norma debe reunir una doble exigencia formal y material para ser aplicada, el primer requisito se relaciona con la validez formal”, el segundo con la validez material.**

Al respecto de la función jerárquica de servir de parámetro para la **validez formal y material** de las normas que integran el ordenamiento jurídico, la Corte ha expresado **“las provisiones que conforman el contenido orgánico de la Constitución determinan el régimen de competencias para la producción normativa (por ejemplo, la cláusula general de**

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 2012. M. P. Mauricio González Cervo. “[...] La Constitución tiene un impacto directo sobre todo el resto del orden jurídico, que impone a cualquier juez el fallar realizando, es decir haciendo efectivos en el plano de los hechos, los principios y valores contenidos en la Constitución, especialmente los enunciados en el artículo 2° superior” .

*competencia legislativa del Congreso de que trata el artículo 150 C.P.), al igual que los aspectos esenciales que guían el procedimiento para dicha actividad de creación del derecho legislado, así como de los reglamentos. Estas disposiciones constitucionales conforman el marco de referencia para la validez formal de las normas jurídicas. En cambio, la **validez material** refiere al contenido concreto de la regla jurídica correspondiente y su comparación con los postulados constitucionales”⁴⁷*

En cambio, la validez material refiere al contenido concreto de la regla jurídica correspondiente y su comparación con los postulados constitucionales. Sobre este aspecto, el artículo 4º C.P. implica que en todo caso debe preferirse la vigencia sustantiva de la Constitución cuando entre en contradicción con el contenido de una norma jurídica de inferior jerarquía. Según lo han sostenido diferentes vertientes de la teoría del derecho, dicha compatibilidad no solo se predica de las previsiones constitucionales comprendidas como reglas, sino también de los principios, valores y postulados de moralidad política que dan sentido a la Carta Política.⁴⁸ Precisamente, el ejercicio del control de constitucionalidad es, ante todo, una comprobación acerca de la validez de las normas jurídicas y por lo tanto, el artículo 4º C.P. implica que en todo caso *“debe preferirse la vigencia sustantiva de la Constitución cuando entre en contradicción con el contenido de una norma jurídica de inferior jerarquía. Según lo han sostenido diferentes vertientes de la teoría del derecho, dicha compatibilidad no solo se predica de las previsiones constitucionales comprendidas como reglas, sino también de los principios, valores y postulados de moralidad política que dan sentido a la Carta Política. Precisamente”⁴⁹*, es decir, la comprobación de la validez de las normas jurídicas.

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-054 de 2016. M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. “[...] las previsiones que conforman el contenido orgánico de la Constitución determinan el régimen de competencias para la producción normativa (por ejemplo, la cláusula general de competencia legislativa del Congreso de que trata el artículo 150 C.P.), al igual que los aspectos esenciales que guían el procedimiento para dicha actividad de creación del derecho legislado, así como de los reglamentos. Estas disposiciones constitucionales conforman el marco de referencia para la validez formal de las normas jurídicas. En cambio, la validez material refiere al contenido concreto de la regla jurídica correspondiente y su comparación con los postulados constitucionales” .

⁴⁸ Acerca de una síntesis sobre los argumentos que sustentan esta conclusión, en especial desde las aproximaciones teóricas de Alexy, Kelsen y Dworkin, Vid Peczenik, Aleksander (2009) *On Law and Reason*. Springer, Lexington. Capítulo 5 “What is Valid Law” .

⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-054 de 2016. M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. “[...] debe preferirse la vigencia sustantiva de la Constitución cuando entre en contradicción con el contenido de una norma jurídica de inferior jerarquía. Según lo han sostenido diferentes vertientes de la teoría del derecho, dicha compatibilidad no solo se predica de las previsiones constitucionales comprendidas como reglas, sino también de los principios, valores y postulados de moralidad política que dan sentido a la Carta Política. Precisamente” .

Así mismo, el principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución ha sido entendido por la Corte Constitucional como una técnica de guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución⁵⁰, este principio encuentra su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política según el cual “en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO POR INAPLICACION DE EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

POR EL AD-QUO Y EL AD-QUEN

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, una decisión judicial presenta un defecto material o sustantivo cuando “**el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto**” En este sentido, la Corte ha precisado que de constatar la existencia de, por ejemplo, los siguientes supuestos, el juez de tutela podrá considerar que una providencia judicial incurre en un defecto sustantivo: y la norma aplicada es claramente inconstitucional y el juez se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad⁵¹.

- a. **EL AD-QUO**, en su interpretación judicial en la parte motiva de los fallos fue contraria a las disposiciones constitucionales lo cual se configura un defecto sustantivo por **INAPLICACION DE EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD:**

“CASO CONCRETO

Los Decretos 1162 de 2014 y el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014, un porcentaje diferente para incluir el subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales que devengaban dicha partida conforme al Decreto 1794 de 2000 y el Decreto 3770 de 2009, con respecto de los soldados profesionales que no percibían el subsidio familiar regulado en los referidos Decretos, tal circunstancia se torna violatoria del derecho a la igualdad, razón por la cual, se debe dar aplicación al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece la facultad judicial de inaplicar una norma (Art. 1º del Decreto 1162 de 2014) cuando esta contraviene la Constitución Política:

.....

⁵⁰ SC-496 de 1994.

⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SU-539/2012. M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. “[...] la función judicial, analizada desde la perspectiva del conjunto de atribuciones y potestades reconocidas por la ley a los órganos encargados de administrar justicia, tiene necesariamente que desarrollarse dentro del marco de la Constitución Política, como la única forma de garantizarle a los coasociados la convivencia, el trabajo, la igualdad, la libertad, la justicia y la paz, y de procurar hacer efectivo el propósito Superior de asegurar un orden político, económico y social justo” .

2. Inaplicación por excepción de inconstitucionalidad del Decreto
Decretos 1162 de 2014 y el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014:

Bien es cierto, que la Fuerza Pública goza de un REGIMEN PRESTACIONAL ESPECIAL⁵², conforme el mandato constitucional en su art. 150, numeral 91, literal 3, y que desarrollo **Ley 4 de 1992**, que reza en sus artículos:

Artículo 1: *El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de: Los miembros de la Fuerza Pública.*

Es por ello, con base en el anterior mandato legal, expido los Decretos:

Decreto 1162 de 2014 y el Decreto 1161 de 2014:

En las apreciaciones del ad-quo, brilla por su ausencia la relación matemática para comparar la desigualdad respecto al subsidio familiar del actor generada por los Decreto 1162 de 2014 y el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014, un porcentaje diferente para incluir el subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales que devengaban dicha partida conforme al Decreto 1794 de 2000 y el Decreto 3770 de 2009, con respecto de los soldados profesionales que no percibían el subsidio familiar regulado en los referidos Decretos, tal circunstancia se torna violatoria del derecho a la igualdad, razón por la cual, se debe dar aplicación al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece la facultad judicial de inaplicar una norma (Art. 1º del Decreto 1162 de 2014) cuando esta contraviene la Constitución Política, ya que al determinarse esta desigualdad matemática consecuente de la vulneración de los derechos constitucionales conlleva por el operador judicial a la inaplicación de excepción de inconstitucionalidad respecto de los decretos de oscilación fijados por el gobierno nacional para el periodo de 1997 al 2004, contrariando el mandato legal de la ley 4 de 1992 en su art.2.

Contrario sensu, por mandato legal de la ley 4 de 1992, se prohíbe la desmejora de los salarios de los funcionarios en servicio activo y en retirados de la fuerza pública:

Artículo 2. a. *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. “En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;”*

⁵² SC-432/04 LEY MARCO - Fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública. FUERZA PUBLICA-Derecho a un régimen prestacional especial: “La Corte ha reconocido que con fundamento en los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, los miembros de la fuerza pública tienen derecho a un régimen prestacional especial, en razón al riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan. Es claro que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no sólo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto.

Luego, el Gobierno Nacional expide los decretos de oscilación: Los Decretos 1162 de 2014 y el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014 **con lo cual se presenta una discriminación manifiesta de parte del ESTADO COLOMBIANO** para con los soldados profesionales de la Fuerza Pública, quienes al amparo del REGIMEN PRESTACIONAL ESPECIAL, se les debe respetar sus derechos adquiridos o por lo menos no DISCRIMINARLOS.

b. Respeto de EL AD-QUEM

En las apreciaciones del ad-quen, brilla por su ausencia la relación matemática para comparar la desigualdad del subsidio familiar del actor con los principios de igualdad y el principio de favorabilidad, ya que al determinarse esta desigualdad matemática consecuente de la vulneración de los derechos constitucionales conlleva por el operador judicial a la inaplicación de excepción de inconstitucionalidad respecto de los decretos los cuales por mandadito de la artículo 2 de la Ley 4 de 1992. **En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.**

Tanto el fallo proferido por **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERIA**, confirmado por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA** se evidencia y configurara un defecto sustantivo por violación directa a la constitución generada por la interpretación legal inconstitucional e Los mencionados fallos contradicen el Orden Justo y social, desconocen la supremacía de la constitucional, al omitir pronunciarse de manera motivada respecto de las pretensión específica de inaplicación por excepción de inconstitucionalidad fundamentada en el Art. 4 de la Constitución Política de 1991 de los Los Decretos 1162 de 2014 y el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014.

Los fallos de los operadores judiciales desconocen los valores y derechos fundamentales, como son la Justicia, Igualdad, Dignidad Humana, Trabajo, el derecho a la seguridad social, el Principio de Favorabilidad, el **principio protector, Principio pro homine o pro persona**, movilidad del salario, Afectación al Mínimo Vital, irrenunciabilidad de los derechos laborales, y la justicia redistributiva, la prohibición de discriminación contenida en Tratados y convenio Internacionales firmados y ratificados por Colombia Convenios 95, 100 y 111 de la O.I.T relativos a protección y discriminación salarial, que en virtud de los artículo 53 y 93 de la Constitución Política hacen parte del bloque de constitucionalidad. Constitucionales, y el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

DESIGUALDAD MATERIAL

SALARIAL PREAMBULO ART. 1,2,4,6,13,93 53 C.N.

<p>SOLDADOS PROFESIONALES DECRETO 1794 DE 2000, SUBSIDIO FAMILIAR</p>	<p>SOLDADOS PROFESIONALES DECRETO 1794 DE 2000, SUBSIDIO FAMILIAR</p>
--	--

✓ Decreto 1162 de 2014	✓ Decreto 1161 de 2014
<p>ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; 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 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan</p>	<p>ARTÍCULO 5º. 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 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</p>
<p>VIOLACION AL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR DISCRINACION, PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, ART. 1, 2, 4, 13, 53,93 C.N. Y TRATADOS INTERNACIONALES.</p>	

Por lo anterior, los operadores judiciales de instancia, al no inaplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los decretos en mención, no son garantes de un orden justo y social, lo cual sus sentencias son contrarias a los postulados constitucionales y la jurisprudencia sobre el mantener el poder adquisitivo de los salarios de los funcionarios de la fuerza pública, vulnerando con ello los derechos fundamentales y constitucionales del actor como es el no acatar los **PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DEL SALARIO.**

La Corte Constitucional ha reconocido que la Constitución garantiza un derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo del salario⁵³. La Corte ha fundado este reconocimiento en una interpretación sistemática de la Constitución, así como en la apreciación de la función y de los alcances del derecho al trabajo en condiciones dignas en un Estado Social de Derecho.

PRINCIPIO PROTECTOR O PROTECTORIO – Principio rector en materia laboral

⁵³ Sobre el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario pueden consultarse entre otros los siguientes fallos de la Corte Constitucional: T- 483 de 1993, C-409 de 1994, T-013 de 1999, SU-519 de 1999, C-710 de 1999, C-815 de 1999, C-988 de 1999, SU-1052 de 2000, C-1433 de 2000, C-1504 de 2000 y C-031 de 2001.

El principio más importante en materia laboral es el principio protector o protectorio como también se le ha denominado. En virtud de este principio se protege a la parte más vulnerable de la relación laboral, que es el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equipararlo con la otra.

“La trascendencia de este principio «radica en que tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador» Dentro de las manifestaciones de este principio se encuentran el de favorabilidad, el in dubio pro operario, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos”⁵⁴.

Desde el punto de vista legislativo tal principio ha tenido su desarrollo en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y en el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo.

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN MATERIA LABORAL

Principio de favorabilidad en la aplicación de las fuentes del derecho en materia pensional. Expresión del principio protectorio, El principio de favorabilidad es una de las expresiones del principio protector, como se dijo en precedencia, y uno de los principios mínimos fundamentales del trabajo consagrado en la Constitución Política.

En la jurisprudencia constitucional el aludido principio, ha sido utilizado como criterio de interpretación para determinar el compendio normativo o el sentido de una regla jurídica que debe cobijar una situación particular frente a una determinada prestación.

En lo que es relevante para el asunto bajo examen, el principio de **favorabilidad** se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor

⁵⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SU-010/2018. SECCION SEGUNDA. “[...] “La trascendencia de este principio «radica en que diferencia el derecho laboral del derecho civil, en el cual se predica igualdad de las partes y no discriminación». Y su fundamento está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo, en virtud de la cual «El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador»

Dentro de las manifestaciones de este principio se encuentran el de favorabilidad, el in dubio pro operario, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos” .

provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de *inescindibilidad o conglobamento*⁵⁵.

No está de más aclarar que de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, el cual jurisprudencialmente se denominó: “La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador”.

De acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Así, este principio opera no solo en los casos en que existe controversia respecto de la aplicación de dos normas, sino incluso en aquellos escenarios en los que existe una sola norma que admite diversas interpretaciones.

El principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. “*En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento. No está de más aclarar que de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores*”⁵⁶, el cual jurisprudencialmente se denominó: «La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador».

Sobre el particular **la Corte Constitucional** ha señalado lo siguiente: “...*el principio de la “condición más beneficiosa” se complementa con el de favorabilidad, consagrado*

⁵⁵ ST-001 de 1999, T-290 de 2005, T-599 de 2011, T- 350 de 2012, T-831 de 2014.

⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SU-010/2018. SECCION SEGUNDA. “[...] “En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento.

expresamente en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, para ampliar el espectro de protección de los derechos del trabajador. De acuerdo con el último en mención, frente a la interpretación disonante de una o varias normas que regulan de manera diferente el mismo supuesto de hecho, el operador jurídico está obligado a acoger la más favorable a los intereses del trabajador. Así, a juicio de la Corte, ‘la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...’⁵⁷” El operador judicial debe acudir al criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa en favor del afiliado o beneficiario de la seguridad social, para analizar los asuntos sometidos a su conocimiento. Tanto la Corte Constitucional, como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, han sostenido que el principio de la condición más beneficiosa se encuentra plasmado en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la legislación nacional

*Esta Corporación, en **Sentencia T-545 de 2004**, profundizó sobre los elementos del principio de favorabilidad, cuales son:*

- i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y,*
- ii) la noción de interpretaciones concurrentes.*

Sobre el primer elemento, la Corte, en dicha providencia, señaló que la “duda que se presenta respecto de la aplicación o interpretación de una norma laboral debe ser seria y objetiva, de suerte que no resulta admisible el desplazamiento de una interpretación consolidada para dar prevalencia a otra débilmente emergente que, para el caso, resulte más favorable al trabajador”.⁵⁸

De igual forma, la sentencia aludida, precisó que la seriedad y objetividad de la duda están en función de la razonabilidad de las argumentaciones, esto es, de su fundamentación y solidez jurídica, a la vez que destacó unos criterios que permiten identificar una interpretación como razonable, a saber: i) La correcta fundamentación jurídica de las interpretaciones, que comporta la adecuación al marco normativo respectivo y a la interpretación autorizada de las normas constitucionales; ii) La aplicación administrativa y judicial reiterada;

y iii) La correcta argumentación jurídica, de manera que se proscriba la arbitrariedad del operador jurídico.

Respecto del segundo elemento, la providencia bajo estudio estableció que las interpretaciones que generan duda, además de serias, objetivas y razonables, deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas”.

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-569/2015. M. P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ. “[...] La textura abierta de los textos constitucionales que consagran principios y valores, determina un margen amplio de apreciación judicial. Esta libertad en la interpretación es considerada una de las condiciones para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. Se parte aquí del postulado - ya previsto por Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* - según el cual, los meros conceptos legales, en ocasiones, resultan insuficientes para el logro de la justicia real y efectiva” .

⁵⁸ ST-545 de 2004.

Así, puede concluirse, a la luz de lo expuesto en la **Sentencia T-545 de 2004**, que el operador jurídico, en desarrollo del principio de favorabilidad, deberá elegir de entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables y que ofrezcan un motivo de duda serio y objetivo, la que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador.

La constitucional ha sido enfática en señalar que la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues sus límites se encuentran en el propio diseño constitucional. Así, el principio de autonomía e independencia judicial no supone que los jueces gozan de plena libertad para interpretar una norma según su parecer, al punto de desconocer con ello su sujeción a la Constitución. Por esto, *“la función judicial, analizada desde la perspectiva del conjunto de atribuciones y potestades reconocidas por la ley a los órganos encargados de administrar justicia, tiene necesariamente que desarrollarse dentro del marco de la Constitución Política, como la única forma de garantizarle a los coasociados la convivencia, el trabajo, la igualdad, la libertad, la justicia y la paz, y de procurar hacer efectivo el propósito Superior de asegurar un orden político, económico y social justo,”*⁵⁹ la consideración anterior ha sido desarrollada el Consejo de Estado bajo el Principio de Interpretación Conforme a la Constitución, Según el cual “los jueces están llamados a interpretar la ley en atención a los valores, derechos y libertades definidas por el constituyente, pues el Texto Superior se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa”.

De acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Así, este principio opera no solo en los casos en que existe controversia respecto de la aplicación de dos normas, sino incluso en aquellos escenarios en los que existe una sola norma que admite diversas interpretaciones.

La Corte Constitucional ha señalado “...el principio de la **“condición más beneficiosa”** se complementa con el de favorabilidad, consagrado expresamente en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, para ampliar el espectro de protección de los derechos del trabajador. De acuerdo con el último en mención, frente a la interpretación disonante de una o varias normas que regulan de manera diferente el mismo supuesto de hecho, el operador jurídico está obligado a acoger la más favorable a los intereses del trabajador. Así, a juicio de la Corte, *‘la favorabilidad opera, entonces, no sólo*

⁵⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SU-539/2012. M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. “[...] la función judicial, analizada desde la perspectiva del conjunto de atribuciones y potestades reconocidas por la ley a los órganos encargados de administrar justicia, tiene necesariamente que desarrollarse dentro del marco de la Constitución Política, como la única forma de garantizarle a los coasociados la convivencia, el trabajo, la igualdad, la libertad, la justicia y la paz, y de procurar hacer efectivo el propósito Superior de asegurar un orden político, económico y social justo” .

cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones⁶⁰...

Esta Corporación, en **Sentencia T-545 de 2004**, profundizó sobre los elementos del principio de favorabilidad, cuales son: i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y, ii) la noción de interpretaciones concurrentes.

Sobre el primer elemento, la Corte, en dicha providencia, señaló *“la duda que se presenta respecto de la aplicación o interpretación de una norma laboral debe ser seria y objetiva, de suerte que no resulta admisible el desplazamiento de una interpretación consolidada para dar prevalencia a otra débilmente emergente que, para el caso, resulte más favorable al trabajador.*

De igual forma, la sentencia aludida, precisó que la seriedad y objetividad de la duda están en función de la razonabilidad de las argumentaciones, esto es, de su fundamentación y solidez jurídica, a la vez que destacó unos criterios que permiten identificar una interpretación como razonable, a saber: i) La correcta fundamentación jurídica de las interpretaciones, que comporta la adecuación al marco normativo respectivo y a la interpretación autorizada de las normas constitucionales; ii) La aplicación administrativa y judicial reiterada⁶¹;

y iii) La correcta argumentación jurídica, de manera que se proscriba la arbitrariedad del operador jurídico.

Respecto del segundo elemento, la providencia bajo estudio estableció que las interpretaciones que generan duda, además de serias, objetivas y razonables, deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.

*Así, puede concluirse, a la luz de lo expuesto en la **Sentencia T-545 de 2004**, que el operador jurídico, en desarrollo del principio de favorabilidad, deberá elegir de entre aquellas*

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-569/2015. M. P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ. “[...] La textura abierta de los textos constitucionales que consagran principios y valores, determina un margen amplio de apreciación judicial. Esta libertad en la interpretación es considerada una de las condiciones para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. Se parte aquí del postulado - ya previsto por Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* - según el cual, los meros conceptos legales, en ocasiones, resultan insuficientes para el logro de la justicia real y efectiva” .

⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-545/2014. M. P. EDUARDO MONTEALEGRE. “[...] Este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política.” .

interpretaciones concurrentes que sean razonables y que ofrezcan un motivo de duda serio y objetivo, la que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador⁶²."

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD DISCRIMINACION SALARIAL

Los miembros de las fuerzas Militares son funcionarios públicos, que cumplen con un mandato constitucional, su finalidad es la defensa de la Soberanía Nacional, independencia e integridad Nacional,⁶³ mantener la integridad del territorio y el orden constitucional justo⁶⁴; Es decir la razón de ser de las fuerzas militares es de orden constitucional y constituye la condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales al tiempo que constituye una garantía de los derechos civiles y políticos de la persona.

Razón por la cual tienen un Régimen Especial desarrollado por la Ley 4ª de 1992, artículo 1 y 13⁶⁵, el cual señaló al ejecutivo los criterios a los cuales debía sujetarse para la expedición del régimen prestacional especial de la Fuerza Pública, cumpliendo con estos señalamientos el Gobierno Nacional expidió los Decretos 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002 3552 de 2003 y 4158 de 2004, con los cuales realizó los incrementos salariales a los Miembros de las Fuerzas Militares activos y retirados (principio de oscilación), durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 2004, decretos que estuvieron por debajo del índice de precios al consumidor (I.P.C.). También lo es que la misma ley 4 de 1992 en su artículo 2 manifiesta ***“En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales”***, disposición que fue desconocida por el gobierno nacional al expedir decretos de

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-545/2014. M. P. EDUARDO MONTEALEGRE.

⁶³ Decreto 1211 de 1990. Artículo 1. [...] “Las Fuerzas Militares son las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía nacional y de las instituciones patrias. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.”

⁶⁴ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 2, reconoce: “[...] Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo).

⁶⁵ Ley 4 de 192. Artículo 13º. [...] “En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política” .

incremento salarial por debajo del índice de precios al consumidor, y desmejorando con ello su salario progresivamente, decretos que por su contenido y por el daño que representa son abiertamente contrarios a la constitución y al bloque de constitucionalidad, toda vez que con ello se configuro una **DISCRIMINACIÓN SALARIAL** toda vez que el resto de los trabajadores tanto públicos como privados tuvieron un reajuste salarial igual o superior al (I.P.C).

Como consecuencia de su aplicación se generó detrimento en su asignación básica, del **19,86 por ciento**, afectando los principios, derechos y valores Constitucionales, la supremacía constitucional, la Justicia, Igualdad, Dignidad Humana, el derecho fundamental al Trabajo, el derecho a la seguridad social, Afectación al Mínimo Vital movil, y los Principio de Favorabilidad, movilidad del salario, irrenunciabilidad de los derechos laborales, y la justicia redistributiva, el Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los convenios 95, 100 y 111 de la O.I.T, y por tato el Bloque de Constitucionalidad, vulnerando con ellos la Constitución, los tratados de derecho internacional.

El bloque de constitucionalidad⁶⁶ está compuesto por normas valores y principios situados en el nivel constitucional que han sido integrados al texto y se utilizan como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes y de la propia Constitución, por ello su respeto se impone a la ley armonizando el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de orden jurídico a los contenidos del bloque de constitucionalidad con el fin de potenciar la realización material de tales valores y principios.

El Bloque de Constitucionalidad es sin duda alguna uno de los aportes más importantes de la Constitución de 1991 al sistema jurídico colombiano toda vez que es la garantía de los Derechos Humanos en el País, El marco normativo que lo presenta está contenido en los artículos 9, 93, 94, 214, y 53, en virtud de lo cual la Corte Constitucional ha estimado que los convenios de la O.I.T *“en sentido amplio son aquellos que forman parte del bloque de constitucionalidad y sirven como referente para interpretar los derechos de los trabajadores*

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC.225/95. M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO "[...] “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.”

*y para darle plena efectividad al principio de protección del trabajador y al derecho al trabajo*⁶⁷,

Ahora bien, conforme el artículo 53, el convenio 95 de la O.I.T relativo al salario es un tema del cual la Corte Constitucional se ha ocupado en reiterada jurisprudencia, manifestando que su valor material se desprende de la consagración como valor, principio, y derecho fundamental (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53 y 93.), consolidando el orden justo y social *"fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"*⁶⁸.

Ahora bien, el principio de igualdad⁶⁹ para los trabajadores es un principio genérico de igualdad desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969, señalando la no discriminación en materia de *"oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"* (art. 1), aclarándose que *'los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional, y a la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo'*⁷⁰, mencionado Convenio es fuente de derecho de aplicación del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: *"los*

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC.617/08. M. P. RODRIGO ESCOBAR GIL "[...] "la Corte Constitucional ha estimado que los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna, que algunos de ellos integran el bloque de constitucionalidad entendido en sentido estricto, por cuanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución prohíben la limitación de un derecho humano durante los estados de excepción, mientras que otros convenios de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio o lato, pues sirven como referente para interpretar los derechos de los trabajadores y para darle plena efectividad al principio de protección del trabajador y al derecho al trabajo"

⁶⁸ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 2. "[...] Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC.071/93. M. P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO "[...] "El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política."

⁷⁰ CONVENIO 111 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, artículo 1: "[...] A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, por efecto vinculante del Art. 93 superior, los Convenios Internacionales forman parte del llamado bloque de constitucionalidad, interpretados a la luz del artículo 13 de la Constitución Política y de esta forma se consolidan como cánones superiores en el ordenamiento jurídico interno.

EL CONSEJO DE ESTADO por su parte, ha definido el concepto de salario y el salario mínimo, como a aquello ***“que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural”***⁷¹ y por lo cual, se encuentra protegido por la Constitución y la ley, por cuanto el salario es considerado como el ingreso de un trabajador que constituye parte integral en el desarrollo del hombre y su subsistencia.

De otra parte, el CONSEJO DE ESTADO considera como mínimo vital:

“El ingreso esencial, necesario e insustituible que requiere una persona para suplir sus necesidades básicas y poder mantener una subsistencia en condiciones de dignidad y justicia, para ella y su familia el cual no puede equipararse con la expresión “salario mínimo”, contenida en las normas laborales, pues éste tan solo es el margen de la porción mínima que debe pagarse atendiendo las porciones allí establecidas.”⁷²

El salario mínimo vital y móvil se encuentra protegido por la Constitución en el artículo 53 al considerarlo como un ingreso particularmente importante en el desarrollo del hombre y

⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2014-00101 M. P. Marco Antonio Velilla Moreno "[...] “El salario mínimo, por su parte, corresponde a aquello que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural y, por tanto, se encuentra especialmente protegido por la Constitución y la ley al considerarlo como un ingreso particularmente importante en el desarrollo del hombre y su subsistencia.”

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2014-00101 M. P. Marco Antonio Velilla Moreno "[...] MINIMO VITAL - Diferencia con el salario mínimo El mínimo vital comporta una garantía mínima de vida más desde el punto de vista cualitativo que cuantitativo, mientras que el salario mínimo ostenta una connotación un poco más material. Sin embargo, es claro que la afectación del salario mínimo puede afectar el mínimo vital y poner en riesgo otros derechos fundamentales... El salario mínimo, por su parte, corresponde a aquello “que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural” y, por tanto, se encuentra especialmente protegido por la Constitución y la ley al considerarlo como un ingreso particularmente importante en el desarrollo del hombre y su subsistencia”

su subsistencia, es una garantía mínima de vida desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, es claro que la afectación del salario mínimo puede afectar el mínimo vital y poner en riesgo otros derechos fundamentales.

A partir de los instrumentos de derecho internacional que en virtud del artículo 93 de la Carta Política que hacen parte de la normatividad vigente interna denominado *bloque de constitucionalidad*⁷³, del cual la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias ha señalado la noción de salario debe entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° que reza:

*"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".*⁷⁴

A partir de la Constitución de 1991, se evidencio la relevancia del derecho laboral como parte fundamental para desarrollar un orden social y económico justo, surge entonces la necesidad de protegerlo mediante la eliminación de factores de desequilibrio toda vez que la efectividad del principio de igualdad solo se logra a partir de un sistema jurídico de protección que debe ser desarrollado por el legislador cumpliendo con los preceptos señalados en el artículo 53 Constitucional, teniendo en cuenta que la concepción garantista de los derechos fundamentales en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho.

VIOLACION DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, APROBADA MEDIANTE LEY 16 DE 1972, ART. 21.

⁷³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC.191/98. M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ "[...] "El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias."

⁷⁴ CONVENIO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, artículo 1. "El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar"

Al no reconocérsele al actor, la reliquidación de la asignación básica desde 1997 hasta la fecha con base en el INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR por ser más favorable que los decretos de oscilación para el mismo periodo, se le vulnero el **Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada.**

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, en los casos según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

El derecho a la propiedad privada como **derecho humano** fue aprobado en el artículo 21 de la Convención Americana y hace referencia a un concepto amplio de derecho a la propiedad entendido como el *“derecho al uso y goce de sus bienes*, interpretación que sin lugar a dudas goza de las facultades interpretativas que surgen del artículo 29 del mismo, y se ha consolidado una extensa protección a dicho derecho.

Se ha utilizado para resolver los casos presentados y para dar contenido al derecho a la propiedad, haciendo énfasis en el carácter de instrumentos vivos de los tratados de derechos humanos. De esta manera la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre diversos aspectos de la propiedad privada de los individuos, analizando su contenido y límites, determinando sus titulares y resolviendo casos en donde este derecho se enfrenta con diversos poderes del Estado.

La Corte Interamericana definió el derecho al uso y goce de bienes a los que hace referencia el artículo 21 como ***“todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”***. También afirmó la Corte que el concepto de bienes comprende:

- I) Todos los muebles y los inmuebles.
- II) Los elementos corporales e incorporeales
- III) Cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.

En el 2003 con el caso 5 pensionistas vs. Perú, desarrollo la protección a derechos adquiridos de pensionistas, consolidando con contundencia dicha jurisprudencia en el 2009 en el Caso Acevedo Buendía vs. Perú.

Titularidad del derecho a la propiedad: La Convención Americana consagra al ser humano como titular de los derechos humanos, entre ellos del derecho a la propiedad privada, los Estados pueden afectar gravemente de diversas maneras este y otros derechos humanos, actuando u omitiendo actuar en contra o a favor de las empresas, corporaciones, sociedades o cualquier tipo de organización societaria, con o sin fines de lucro.

Los bienes protegidos y los poderes del Estado

La protección a las pensiones adquiridas y escaso poder limitante del Estado A través de la jurisprudencia desarrollada en el 2003 en el Caso Cinco pensionistas vs. Perú, posteriormente consolidada con contundencia en el 2009 en el Caso Acevedo Buendía vs. Perú, la Corte Interamericana ha delineado los criterios en torno a la protección de los derechos adquiridos de los “pensionistas” o trabajadores jubilados o cesantes a través del artículo 21 de la Convención. **Los hechos de ambos casos son similares y se basan en reducciones de beneficios en pensiones por decretos ley o decretos.**

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, bajo el artículo 21 de la Convención se protege los “efectos patrimoniales” de un régimen de pensión determinado, para alcanzar tal protección la Corte entiende que la violación al artículo 21 de la Convención se configura únicamente por la violación del artículo 25 de la misma, consumada cuando una persona acude a las autoridades judiciales internas reclamando por tal modificación, éstas reconocen que el actuar del Estado en la modificación de los beneficios de las pensiones fue arbitrario, exigen que se recalcule las pensiones de un modo diferente y las autoridades que deben hacerlo no respetan dicha decisión.

Es decir, la jurisprudencia en esta materia para decretar una violación al derecho a la propiedad en este ámbito exige: 1) la reducción arbitraria de la pensión reconocida en el ámbito interno; y 2) que tal reducción se consolide con el desacato a las decisiones internas favorables obtenidas por las víctimas. Algunos autores entienden que la protección de estos “derechos adquiridos” como parte del patrimonio de una persona a través del artículo 21, iniciada en el caso 5 pensionistas demuestran la “amplitud” del contenido dado al artículo 21 por la Corte.

La Corte reconoce que se puede obtener la protección cuando la víctima demuestra que tiene un derecho legal a los beneficios en la legislación interna, si el Estado no les reconoce en el procedimiento interno los beneficios reclamados, la Corte analizará si los beneficios se han negados con base en condiciones discriminatorias establecidas en el artículo 14 de la Convención.

RESPECTO DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD

En progreso de lo ordenado por la Ley 923 de 2004, 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, se expide el Decreto 4433 de 2004 por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Así, el artículo 16 del mencionado Decreto 4433 de 2004 determina la Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que

terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De otra parte, en Sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería de fecha 14 de marzo de 2019 dentro del expediente No. 2300133330052017-00085-00 el Despacho manifestó “CONCLUSION: No se demostró dentro del presente proceso que se haya realizado una indebida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro que percibe el actor, por lo que no es posible acceder a dicha pretensión”.

Ahora bien; con Sentencia de Unificación del CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN SEGUNDA - CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

Demandante: JULIO CÉSAR BENAVIDES BORJA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Temas: Sentencia de unificación, asignación de retiro soldados profesionales.(...)

FALLA

Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

“5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$

Esta Defensa argumenta en el presente caso, al demandante ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA dicho reajuste de la Prima de antigüedad no ha sido aplicado, situación patente desde el día del reconocimiento de la asignación de retiro, es así, incluso en el Comprobante de pago por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- generado el 03-06-2021, el cual se anexa a la presente Acción de Tutela.

SUELDO BÁSICO VALOR \$1.453.642 (el cual equivale a 1.6 s.m.l.m.v :\$928.526

+545.115,6)

% de LIQUIDACIÓN VALOR 70 (setenta por ciento) equivalente a \$1.017.549

PARTIDAS COMPUTABLES \$664.314 (las cuales comprenden el reconocimiento del subsidio familiar en un 30% más la prima de antigüedad) discriminadas así:

Subsidio Familiar en un 30% lo cual equivale a \$272.558

Prima de antigüedad **\$391.756**

\$664.314

Al realizar la liquidación de la Prima de antigüedad de conformidad con lo ordenado por la mencionada Sentencia de Unificación:

(salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro

(\$1.453.642 x 70%) + (\$1.453.642 x 38.5%) PRIMA DE ANTIGUEDAD

\$1.017.549 + **\$559.652,17**

Es evidente la diferencia entre lo liquidado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL- por concepto de la prima de antigüedad: **\$391.756** y el valor resultante al aplicar la fórmula establecida en la Sentencia de Unificación **\$559.652,17**.

La fórmula aplicada por la entidad demandada no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, en consonancia con lo establecido legalmente se solicita la aplicación de la fórmula contenida en la Sentencia de Unificación de la referencia para calcular la Prima de Antigüedad.

JUSTIFICACION Y PROCEDENCIA DE LA TUTELA

La Constitución Política de Colombia en su artículo 86 consagró la ACCION DE TUTELA estableciendo para ello un trámite preferente y sumario a efectos de obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales y conservar así la armonía social, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier ente público o privado de diferente orden; máxime cuando está de por medio una sentencia judicial por violación al Debido Proceso, inaplicación por excepción de inconstitucionalidad, principios, derechos, deberes y valores Constitucionales, la supremacía constitucional, la Justicia, Igualdad, Dignidad Humana, el derecho fundamental al Trabajo, el derecho a la seguridad social, Afectación al Mínimo Vital, y los Principio de Favorabilidad, movilidad del salario, irrenunciabilidad de los derechos laborales, y la justicia redistributiva, el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los convenios 95, 100 y 111 de la O.I.T, y por tato el Bloque de Constitucionalidad, vulnerando con ellos la Constitución, los tratados de derecho internacional, injustificado por parte de los Honorables Magistrados, constituye una causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias

judiciales⁷⁵, con ello vulnerando los derechos fundamentales al amparo de la Constitución del accionante.

MEDIOS DE PRUEBA:

Con el fin de que sean tenidos en cuenta, anexo los presentes documentos:

- Fotocopia fallo del **JUZGADO TERCERO ORAL DEL CIRCUITO DE MONTERIA** No. **2300133330052017-00085-00** del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.
- Fotocopia fallo del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA** Magistrado Ponente: PEDRO OLIVELLA SOLANO expediente No. **2300133330052017-00085-01** del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.

OFICIESE:

- **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA** Magistrado Ponente: PEDRO OLIVELLA SOLANO expediente No. **2300133330052017-00085-01** del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.

ANEXOS:

- ✓ Poder
- ✓ Original para el despacho y copia para el archivo.
- ✓ Comprobante de pago por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- generado el 03-06-2021

PRETENSIONES:

Solicito muy respetuosamente a los HONORABLES MAGISTRADOS DEL CONSEJO DE ESTADO:

TUTELAR los derechos fundamentales del señor **ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA**, por violación al Debido Proceso, defecto sustancial por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad y violación directa de la Constitución y demás, principios, derechos, deberes y valores Constitucionales, la supremacía constitucional, la Justicia, Igualdad, Dignidad Humana, el derecho fundamental al Trabajo, el derecho a la seguridad social,

⁷⁵ SC-590 DE 2005 y SU-047 de 1999 M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Afectación al Mínimo Vital, y los Principio de Favorabilidad, movilidad del salario, irrenunciabilidad de los derechos laborales, y la justicia redistributiva, el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los convenios 95, 100 y 111 de la O.I.T, y por tato el Bloque de Constitucionalidad, vulnerando con ellos la Constitución, los tratados de derecho internacional,

REVOCAR PARCIALMENTE: La decisión contentiva del fallo del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA**, radicado **2300133330052017-00085-01** con notificación electrónica del fallo de **diciembre 07 de 2020**.

ORDENAR al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA**, radicado **2300133330052017-00085-01** del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA contra CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, emitan un nuevo pronunciamiento revocando el fallo emitido por el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERIA** con el radicado **2300133330052017-00085-00 de 14 de marzo de 2019**, en cuanto a la negativa de la reliquidación del subsidio familiar y la reliquidación de la prima de antigüedad.

ORDENAR la reliquidación y el pago hasta la fecha de la diferencia del subsidio familiar de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, modificado por el decreto 3770 de 2009 por el principio de favorabilidad y la inclusión de la prima de navidad como factor de liquidación en alusión al artículo 13 numeral 13.1.8 del decreto 4433 de 2004:

ORDENAR *Inaplicación por excepción de inconstitucionalidad* del artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, toda vez que al disponer que el subsidio familiar para quienes lo venían devengando conforme a los Decretos 1794 da 2000 y 3770 de 2009, debe liquidarse en un 30% de lo devengado en actividad, comporta un trato discriminatorio, como quiera que el Decreto 1161 de la misma anualidad determina su valor en un 70% de la asignación básica, con el único criterio discriminador y diferenciador de establecer que dicho porcentaje aplica para quienes no percibieran el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, situación que evidencia, se reitera, un trato de discriminación injustificado entre quienes venían devengando el subsidio familiar con base en los mencionados decretos y quienes no, al permitirse la inclusión del mismo en la asignación de retiro de los primeros en un porcentaje inferior al establecido para los segundos

ORDENAR la modificación de la HOJA DE SERVICIOS del actor con destino a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MLITARES – CREMIL.

ORDENAR la reliquidación y pago de la prima de antigüedad de conformidad con la fórmula establecida en la Sentencia de Unificación SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA del 25 de abril de 2019, SUJ-015-CE-S2-2019.

NOTIFICACIONES:

ACCIONADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA – SALA PRIMERA DE DECISION

ACCIONANTE: ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA: Carrera 13 No. 27 – 00 Edificio Bochica, oficina 921 en Bogotá

APODERADO DEL ACCIONANTE: Carrera 13 No. 27 – 00 Edificio Bochica, oficina 921 en Bogotá, D.C., o en la secretaria del despacho.

Solicito muy respetuosamente reconocermé personería para actuar.

Acepto:

GIOVANNA MARITZA ARIZA
VASQUEZ
C. C. No. 42.140.633 de Pereira
T. P. No. 222.442 del C. S. de la J.

Correo electrónico: abogadas.sas@hotmail.com - soldadoabogadomoreno@gmail.com



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA

Montería, catorce (14) de marzo del año dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación: 23 001 33 33 005 2017 00085.

Demandante: Argemiro Senior Altamiranda.

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –Cremil-.

SENTENCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso interpuesto bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por parte del señor Argemiro Senior Altamiranda mediante apoderado judicial contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –Cremil-.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES.

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio número 69482 del 28 de septiembre del año 2015 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, acto mediante el cual la entidad demandada negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del actor.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al reajuste de la asignación de retiro que actualmente percibe el actor incluyendo como factor de liquidación prestacional **i) el incremento del salario mínimo legal mensual vigente en porcentaje equivalente al 60%** debido a la indebida aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; **ii) la reliquidación de la prestación en porcentaje del 70%** de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, **iv) la inclusión de la prima de navidad** como factor de liquidación en alusión al artículo 13 numeral 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004 y **iv) el pago de la diferencia del subsidio familiar** de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 modificado por el Decreto 3770 de 2009 por el principio de favorabilidad. Finalmente solicita que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Expresa que el actor ingresó a laborar al servicio del Ministerio de Defensa en condición de soldado regular, relación que estuvo regida por las normas contenidas en la Ley 131 de 1985. A partir del primero (01) de noviembre del año 2003, su vinculación se rigió por los Decretos 1793 y 1794 del año 2000 y 4433 del año 2004. Que estuvo vinculado durante veinte (20) años al Ejército Nacional, razón por la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- le reconoció asignación de retiro mediante Resolución N° 4407 del 26 de mayo de 2015, la cual se liquidó de la siguiente forma:

- i) Con base en un salario mínimo mensual legal más el cuarenta por ciento (40%).
- ii) La liquidación de la asignación de retiro no se hizo en porcentaje del setenta por ciento (70%), desatendiendo lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del año 2004.
- iii) El subsidio familiar como factor de liquidación de la prestación fue incluido en porcentaje del 30%.
- iv) No se le tuvo en cuenta como factor de liquidación la duodécima parte de la prima de navidad.

Sostiene que presentó derecho de petición ante Cremil mediante Oficio número 80768 del 08 de septiembre del año 2015, solicitando le fuese reconocida i) la reliquidación de la asignación de retiro con el salario mínimo más el sesenta por ciento (60%), ii) la reliquidación de la prestación con el setenta por ciento (70%) conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, iii) El reconocimiento y pago de la diferencia del subsidio familiar como factor de liquidación de la asignación de retiro conforme el Decreto 1794 de 2000 modificado por el Decreto 3770 de 2009 y iv) el reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad como factor de liquidación prestacional, ante lo cual la entidad demandada expidió el Oficio número 69482 del 28 de septiembre del año 2015 negando tal solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se opone a las pretensiones y hechos de la demanda, así como la respectiva condena en costas. Interpone como excepciones las siguientes:

“Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes”. Aduce que Cremil es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios de los afiliados que acredite el derecho, con sujeción a la normatividad vigente y aplicable a la fecha de retiro, las cuales se encuentra contenidas actualmente en los Decretos 1211 de 1990 y 4433 de 2004.

“Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto al reajuste solicitado con SMLMV mas el 60%”. Por cuanto la reclamación del reajuste salarial debe realizarse ante el Ministerio de Defensa Nacional por ser esa la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros de activos de la Fuerza Pública y ser la encargada de expedir la hoja de servicios mediante la cual Cremil procede a reconocer y pagar la asignación de retiro.

“Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro”. Que la aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se encuentra suficientemente clara, la cual ha sido debidamente aplicada por esa entidad.

“Existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro”. Expresa que mediante el artículo 1 del

Decreto 1162 del 24 de junio de 2014 se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina, disposición que fue plenamente cumplida por parte de Cremil tal como se puede observar en la resolución de reconocimiento de asignación de retiro.

“No configuración a la violación del derecho a la igualdad”. No se ha desconocido el principio de igualdad por cuanto este solo se predica entre iguales y fue el mismo Legislador el que estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro.

“Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad en la asignación de retiro del soldado profesional”. Aduce que la prima de navidad se estableció como partida computable para la asignación de retiro de oficiales y suboficiales según el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, razón por la cual no fue tomada en cuenta en el caso concreto.

“No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”. Las actuaciones de Cremil se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de la Fuerza Pública, por lo que el acto acusado no adolece de falsa motivación y goza de presunción de legalidad.

“No configuración de causal de nulidad”. Por cuanto no se concretaron ningunas de las causales de nulidad contenidas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

“Prescripción del derecho”. En caso de existir algún derecho al actor en relación a las pretensiones de la demanda, no podría reconocerle por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción trienal contados a partir del momento en que se hicieron exigibles, por lo que deberá declararse este fenómeno jurídico.

De igual forma, **propuso solicitud de vinculación del Ministerio de Defensa Nacional** como litisconsorte necesario por cuanto esa entidad es la llamada a realizar el pago de salarios de los miembros de la Fuerza Pública y en consecuencia, la reclamación debe efectuarse ante ese ministerio.

DECISIONES RELEVANTES EN AUDIENCIA

En **audiencia inicial**¹ celebrada el día diecisiete (17) de julio de 2018 se agotaron las siguientes etapas:

Saneamiento y decisión de excepciones²: En esta etapa el Despacho procedió a resolver la *solicitud de vinculación del Ministerio de Defensa Nacional en condición de litisconsorte necesario*, petición que fue denegada ya que no se aportó prueba de haberse

¹ En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio. Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

² Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo. Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

cumplido con el requisito de agotamiento de actuación administrativa (antes vía gubernativa) ante esa entidad, por lo que no es posible someterla a juicio cuando no se le ha permitido pronunciarse sobre una reclamación ante la Administración, situación que si se había configurado en el caso de Cremil.

Frente a la excepción de *"Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto al reajuste solicitado con SMLMV mas el 60%"*, se dispuso que la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal sino de fondo de la sentencia, por lo que se resolvería al momento de fallar. Por lo demás, no se presentaron causales de nulidad o impedimento que invalidaran lo actuado y se determinó que los demás medios exceptivos interpuestos serían también resueltos en la sentencia.

Fijación de Litigio³: Se fijó de la siguiente forma: *¿Determinar si en el presente caso le asiste al señor Argemiro Senior Altamiranda el derecho a que se le reliquide la asignación de retiro que percibe incluyendo como factor de liquidación prestacional los siguientes conceptos: i) el subsidio familiar de conformidad con el artículo 13 numeral 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004; ii) el incremento del salario mínimo legal mensual vigente en porcentaje equivalente al 60% debido a la indebida aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; iii) la reliquidación de la prestación en porcentaje del 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y; iv) la inclusión de la prima de navidad como factor de liquidación en alusión al artículo 13 numeral 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004, o si por el contrario, no le asiste tal derecho al actor y en consecuencia el acto demandado fue expedido conforme al ordenamiento jurídico?*

Así mismo, se agotó la etapa de conciliación siendo declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio de la parte demandada. No se decretaron pruebas a solicitud de parte y tampoco de manera oficiosa, por lo que se procedió a prescindir de la etapa probatoria y se constituyó en audiencia de alegatos, dando traslado a las partes y al Ministerio Público para que se pronunciaran al respecto.

De los alegatos de conclusión en audiencia: La parte demandante se reitera en sus pretensiones y los hechos de la demanda, aludiendo que existen múltiples pronunciamientos en los cuales se ha reconocido lo solicitado en la demanda.

Por su parte, la entidad accionada expuso que ya se reliquidó la asignación de retiro con el 20%. Sobre el subsidio familiar manifestó que fue incluido como factor computable en porcentaje del 30% de lo devengado en servicio y solicita se niegue lo relacionado con la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad y que dio aplicación correcta a la fórmula contenida en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

Finalmente, el Ministerio Público considera que ya hay un reconocimiento expreso del incremento del 20% del salario básico sobre la asignación de retiro, que se afectó doblemente la prima de antigüedad en la fórmula del artículo antes citado y debe accederse a esa pretensión. Sobre el subsidio familiar adujo estar acorde con la entidad demandada y no se debe acceder a ella, mientras que sobre la prima de navidad debe ordenarse su inclusión en la asignación de retiro por favorabilidad y no condenarse en costas.

³ "La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última". Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Cuestión Previa.

Antes de proseguir con el estudio de las consideraciones en la presente providencia, se hace necesario destacar que en esta Agencia Judicial actualmente reposan una gran cantidad de procesos similares al *sub lite*; en cuanto a los hechos, pretensiones, argumentos normativos y jurisprudenciales y concepto de la violación. Por ello, es procedente determinar si el asunto bajo análisis tiene o no prelación de turno frente a una serie de procesos que siguen para fallo primero que éste. En ese orden, el Consejo de Estado, respecto al derecho al turno, ha dispuesto lo siguiente:

"(...) En relación con el derecho de turno es menester tener en cuenta que los artículos 63 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, y 18 de la Ley 446 de 1998, determinan que los jueces deben proferir las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, y que la alteración de dicho orden puede realizarse, excepcionalmente, por "razones de seguridad nacional"; para "prevenir la afectación grave del patrimonio nacional"; en caso de "graves violaciones de los derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad"; cuando se trate de asuntos de "especial trascendencia social" o cuando "por carecer de antecedentes jurisprudenciales, su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva"; en procesos cuya resolución íntegra entrañe "sólo la reiteración de jurisprudencia", y por la conformación de "un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia" (...)"⁴. (Negrilla fuera de texto).

Del anterior extracto jurisprudencial se colige que es obligación de los despachos judiciales respetar el turno de los procesos que se encuentren pendientes para dictar sentencia. Sin embargo, existen seis excepciones a la citada carga, las cuales son: **i). Por razones de seguridad nacional; ii). Para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional; iii). En caso de graves violaciones de los derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad; iv). Especial trascendencia social o por carecer de antecedentes jurisprudenciales, su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva; v). En procesos cuya resolución íntegra entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia; y vi). Por la conformación de un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia.**

En virtud de lo expuesto, observa esta Unidad Judicial que el presente proceso se encuentra cobijado dentro de las excepciones 5º y 6º previamente descritas, dado que junto con éste existen varios procesos pendientes para proferir fallo de iguales características -pretensiones, hechos, fundamentos normativos y jurisprudenciales-, en los cuales se solicita el reajuste de la asignación de retiro incluyendo el incremento del veinte por ciento (20%) de la asignación básica reconocida a los soldados voluntarios que fueron profesionalizados como factor computable para su reliquidación, la correcta aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en relación a la prima de antigüedad como factor computable de liquidación prestacional y la inclusión del subsidio familiar y de la prima de navidad como factor computable para la reliquidación de la asignación de retiro, siendo objeto de estudio la sentencia de unificación de fecha veinticinco (25) de agosto de 2016 con radicado **85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2 N°. 003-16**, expedida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, así como otras sentencias extensivas al caso concreto, las cuales deben ser estudiadas para resolver el problema jurídico planteado en dichos procesos y a las cuales el Despacho viene dando aplicación permanente en los asuntos relacionados con estas pretensiones. Por consiguiente, el Despacho le dará prelación de turno al proceso bajo análisis.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., tres (03) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00227-01(50949)

PROBLEMAS JURÍDICOS.

Teniendo como eje central de esta providencia dar respuesta a la pregunta planteada en la fijación del litigio, el Despacho procederá a estudiar los siguientes aspectos formulados como problemas jurídicos.

PRIMERO: ¿Consagra el ordenamiento jurídico el derecho a favor de los soldados voluntarios que fueron profesionalizados, a que su asignación de retiro sea reliquidada con el salario mínimo legal mensual incrementado en un sesenta por ciento (60%) como factor de liquidación y no con el porcentaje devengado como soldados profesionales?

En caso de ser afirmativa la respuesta, deberá definirse el siguiente problema jurídico:

SEGUNDO: ¿Le asiste el derecho al señor Argemiro Senior Altamiranda a que le sea reconocido por parte de Cremil el incremento del veinte por ciento (20%) de su asignación básica para efectos de la reliquidación de su asignación de retiro?

Resuelto lo anterior, el Despacho procederá a dar repuesta a los siguientes interrogantes:

TERCERO: ¿La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –Cremil- aplicó correctamente la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para liquidar la asignación de retiro que actualmente devenga el señor Argemiro Senior Altamiranda?

CUARTO: ¿Le asiste al señor Argemiro Senior Altamiranda el derecho a que se reliquide la asignación de retiro que actualmente percibe incluyendo como factor computable la prima de navidad?

QUINTO: ¿Es procedente ordenar el reconocimiento y pago de la diferencia causada entre el porcentaje del subsidio familiar tomado como factor computable para liquidar la asignación de retiro del Argemiro Senior Altamiranda y lo devengado por este concepto durante el servicio activo, por desconocimiento del principio de igualdad, de los derechos adquiridos y en aplicación del principio de favorabilidad?

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO.

¿Consagra el ordenamiento jurídico el derecho a favor de los soldados voluntarios que fueron profesionalizados, a que su asignación de retiro sea reliquidada con el salario mínimo legal mensual incrementado en un sesenta por ciento (60%) como factor de liquidación y no con el porcentaje devengado como soldados profesionales?

TESIS DEL DESPACHO: De lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, los soldados voluntarios que fueron profesionalizados tienen derecho a devengar un salario mínimo legal mensual

vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) y en consecuencia una vez decretado el incremento, a que su asignación de retiro sea reajustada.

SUSTENTO: Del derecho al reajuste salarial y de la asignación de retiro con el porcentaje del veinte por ciento (20%) sobre la asignación básica de los soldados voluntarios que fueron profesionalizados.

La Ley 131 de 1985 "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar obligatorio", en sus artículos 2° y 4° estableció la posibilidad a quienes hubiesen prestado el servicio militar obligatorio, de continuar vinculados a la entidad bajo la modalidad de **soldados voluntarios, devengando una "bonificación mensual" equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%**⁵. Posteriormente, el Decreto 1793 de 2000 "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", creó la carrera del soldado profesional, estableciendo en el párrafo del artículo 5 *ibídem* la posibilidad que los soldados voluntarios regulados por la Ley 131 de 1985 y vinculados con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, puedan incorporarse como soldados profesionales a partir del 01 de enero de 2001 manifestando su intención de serlo y obteniendo la aprobación de su Comandante de Fuerza⁶.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000 "Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", en su artículo 1° expuso que los soldados profesionales devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, mientras que aquellos que tenían la calidad de voluntarios y adquirieron el estatus de soldados profesionales devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, **quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)**⁷.

Sobre la situación salarial y prestacional de los soldados voluntarios y profesionales, el artículo 4 de la Ley 131 de 1985 dispuso que los soldados voluntarios devengarían una bonificación mensual correspondiente a 1 SMLV incrementada en un 60%, mientras el Decreto 1794 de 2000 en su artículo 1° establece que los soldados profesionales devengarían 1 SMLV incrementado en el 40%. No obstante, es de advertir que el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 dispuso que el Gobierno Nacional expediría los regímenes salariales y prestacionales "con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, **sin desmejorar los derechos adquiridos**". En consonancia con lo anterior, la Ley 4ª de 1992 en su artículo 2° literal a) consagra el respeto por los derechos adquiridos, norma que reza en los siguientes términos:

"ARTICULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

⁵ Ley 131 de 1985. Artículos 2 y 4. "ARTÍCULO 2°. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

(...). ARTÍCULO 4°. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto"

⁶ Decreto 1793 de 2000. Artículo 5. Párrafo. "ARTÍCULO 5: (...) PARÁGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen"

⁷ Decreto 1794 de 2000. Artículo 1°.

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen salarial, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales (...)”⁸.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 25 de agosto de 2016 con radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2 N°. 003-16 y ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, luego de realizar un análisis profundo del régimen salarial y prestacional de los soldados voluntarios regidos por la Ley 131 de 1985 y los soldados profesionales regidos por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, sus diferencias y el régimen de carrera de estos últimos, dispuso que de las normas estudiadas se puede determinar que el sentido que el Legislador le quiso dar al régimen salarial de los soldados voluntarios fue el de aplicar el principio del respeto por los derechos adquiridos en lo relacionado con el monto del salario básico devengado una vez estos transitaran voluntariamente al régimen de los soldados profesionales a partir del 01 de enero de 2001, constituyéndose así una especie de *régimen de transición tácito* en cuanto a salario, puesto que conservarían esa garantía aún cobijados por el nuevo régimen salarial contenido en el Decreto 1794 de 2000⁹. De igual forma, sostuvo que la adecuada interpretación de las normas estudiadas en precedencia tal como se expuso en la providencia citada, no constituye un desconocimiento del principio de inescindibilidad normativa en cuanto al régimen prestacional aplicable a los soldados voluntarios que optaron por transitar a soldados profesionales, por cuanto la controversia jurídica no genera duda o conflicto alguno, ya que las normas prestacionales aplicables a estos servidores públicos se encuentran contenidas de forma *íntegra* en el Decreto 1794 de 2000, cuerpo normativo en cuyo inciso segundo del artículo 1º establece que aquellos soldados voluntarios *“quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”*.

“En el presente caso no se evidencia la trasgresión al referido principio, puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰ cuyo artículo 1º, inciso 2º, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%.

Agrega la Sala, que al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, *sólo que a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793¹¹ y 1794¹² de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó además, que dicho personal recibiera las prestaciones sociales que antes no devengaba.*

De manera que con la interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹³ que se prohija en esta sentencia de unificación, no se está generando una nueva norma a

⁸ Ley 4 de 1992. Artículo 2.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Cartagena, D. T. y C., veinticinco (25) de agosto de 2016. Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16. Actor: BENICIO ANTONIO CRUZ. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA - EJERCITO NACIONAL. Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL CE-SUJ2 No. 003/16 PROFERIDA EN APLICACION DEL ARTICULO 271 DE LA LEY 1437 DE 2011. Tema: CON FUNDAMENTO EN EL INCISO 2, DEL ARTICULO 1, DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1794 DE 2000, LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS POSTERIORMENTE INCORPORADOS COMO PROFESIONALES, TIENE DERECHO A SER REMUNERADOS MENSUALMENTE EN EL MONTO DE UN SALARIO BASICO INCREMENTADO EN UN 60%. Negrilla y subrayado del Juzgado. “En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁹ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁸ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁸ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

(...) “Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁹ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992⁸ y el Decreto Ley 1793 de 2000,⁹ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793º y 1794º de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%”.

¹⁰ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹¹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹² Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹³ Ib.

través de la combinación de varios contenidos normativos enfrentados, ni tampoco se está escogiendo como aplicable fragmentos legales de diferentes normatividades, pues, la regulación salarial de los soldados profesionales se encuentra contenida en un único estatuto, que es el mencionado Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁴.

Así mismo, expresa esa sección que ordenar el reajuste salarial del 20% a favor de los soldados voluntarios que fueron profesionalizados conlleva en sí mismo efectos prestacionales y da lugar a la reliquidación de las prestaciones percibidas atendiendo que las mismas se liquidan con base en el salario básico devengado y que a pesar de ser sentencia de unificación, esta no tiene el carácter de constitutiva del derecho a reclamar el reajuste del salarial y prestacional, por lo que en todo caso en sede administrativa y judicial deberán observarse las normas sobre prescripción de derechos contenidas en los artículos 106 del Decreto 2728 de 1968 y 174 del Decreto 1211 de 1990.

"La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado. Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías"¹⁵.

Finalmente, el Consejo de Estado sentó una serie de reglas sobre el derecho de los soldados voluntarios que fueron profesionalizados a que se les reconozca el porcentaje de la diferencia del 20% antes indicado, las cuales se describen a continuación:

"Reglas jurisprudenciales:
(...).

- **Primero.** De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁶ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.
- **Segundo.** De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁷ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹⁸ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.
- **Tercero.** Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.
- **Cuarto.** La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹⁹ y 174²⁰ de los Decretos 2728 de 1968²¹ y 1211 de 1990,²² respectivamente²³.

CONCLUSION: De lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, los soldados voluntarios que fueron profesionalizados tienen derecho a devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), por lo que es procedente la

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Cartagena, D. T. y C., veinticinco (25) de agosto de 2016. Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16. Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL CE-SUJ2 No. 003/16 PROFERIDA EN APLICACION DEL ARTICULO 271 DE LA LEY 1437 DE 2011. Negrilla del Juzgado.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁷ *Ib.*

¹⁸ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹⁹ "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

²⁰ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

²¹ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

²² Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Cartagena, D. T. y C., veinticinco (25) de agosto de 2016. Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16. Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL CE-SUJ2 No. 003/16 PROFERIDA EN APLICACION DEL ARTICULO 271 DE LA LEY 1437 DE 2011. Negrilla del Juzgado.

reliquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta el incremento del 20% de su asignación básica, una vez se encuentre previamente reconocido el derecho al incremento salarial.

Del derecho al reajuste de la asignación de retiro conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

El Decreto 4433 de 2004 "*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*", expresa en su artículo 16 cuáles son los factores computables para la liquidación de la asignación de retiro una vez el soldado cumpla con los requisitos para ser beneficiario de esa prestación, estableciendo como tales el equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, sin que en ningún caso la prestación sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

"ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes"²⁴.

En consonancia con lo anterior, el artículo 13 *ibídem* expone que en el caso de los soldados profesionales son partidas computables para la liquidación de asignación de retiro de soldados profesionales "i) 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000 y ii) 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto".

Finalmente, la norma contenida en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, la cual fue citada en precedencia por esta Unidad Judicial, expresa que en el caso de los soldados voluntarios que fueron profesionalizados el factor salarial computable para la liquidación de la asignación de retiro es el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en el porcentaje establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y adicionado con el porcentaje correspondiente de la prima de antigüedad, por lo que se concluye que incrementado el salario del soldado en el porcentaje del 20%, procede la reliquidación de la asignación de retiro.

Resuelto lo anterior, el despacho procederá a dar respuesta al siguiente problema jurídico planteado:

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

¿Le asiste el derecho al señor Argemiro Senior Altamiranda a que le sea reconocido por parte de Cremil el incremento del veinte por ciento (20%) de su asignación básica para efectos de la reliquidación de su asignación de retiro?

TESIS DEL DESPACHO: Si bien al actor le asiste el derecho al reajuste de la asignación de retiro que devenga, la entidad demandada acreditó que procedió a

²⁴ Decreto 4433 de 2004. Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Negrilla del Juzgado.

reajustarla con el incremento previamente reconocido del veinte por ciento de la asignación básica.

SUSTENTO: Revisado el material probatorio obrante en el expediente, encuentra esta Unidad Judicial que a folios 73 del expediente reposa la hoja de servicios número 3-78764570 del 09 de mayo de 2015 en la cual se observa que el señor Argemiro Senior Altamiranda prestó sus servicios a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a partir del 23 de noviembre de 1994 como soldado regular, posteriormente soldado voluntario y finalmente, soldado profesional, siendo retirado del servicio el día 10 de junio de 2015 para un total de tiempo servido de veinte (20) años, ocho (08) meses y siete (07) días.

Tabla N° 1.

CLASE DE PRESTACIÓN	FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACIÓN	SUBTOTAL			
			Años	Meses	Días	
Soldado regular	23/11/1994	17/05/1996	1	5	24	
Soldado voluntario	01/08/1996	31/10/2003	7	3	0	
Soldado profesional	01/11/2003	10/03/2015	11	4	9	
Tres meses de alta	10/03/2015	10/06/2015	0	3	0	
Servicios prestados			TOTAL TIEMPO			
			Años	Meses	Días	
				20	4	3

De igual forma, en el citado documento se establecieron como partidas computables para reconocimiento de pensión o asignación de retiro, las de *sueldo básico*, *prima de antigüedad* y *subsido familiar* en los siguientes porcentajes y cuantías:

Tabla N° 2.

PARTIDAS COMPUTABLES PENSIÓN O ASIGNACIÓN DE RETIRO		
DESCRIPCIÓN	PORCENTAJE	VALOR
Sueldo básico	0.0	902.090,00
Prima de antigüedad soldado profesional	38.50	347.305,00
Subsidio familiar	4.00	169.142,00

Posteriormente, al actor le fue reconocida asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución número 4407 del 26 de mayo de 2015 (Fls. 71 reverso - 72).

De lo anterior se puede colegir que al demandante se le tuvo en cuenta para liquidar su pensión, una asignación o sueldo básico correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015, equivalente a seiscientos cuarenta y cuatro mil trescientos cincuenta pesos (\$644.350) incrementado en un cuarenta por ciento (1 SMLMV+40%), para un total de novecientos dos mil noventa pesos (902.090).

De otro lado, el demandante presentó derecho de petición ante el Director de Cremil el día ocho (08) de septiembre de 2015, solicitando el reajuste de la asignación de retiro tomando como base el incremento del veinte por ciento (20%) contenido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, la reliquidación de la asignación de retiro con base en la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste del subsidio familiar y la inclusión de la prima de navidad en igualdad de derechos que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, ante lo cual la entidad demandada expidió el acto administrativo Oficio con número consecutivo 2015-69482 de fecha 28 de septiembre de 2015 negando lo solicitado.

Sin embargo, de forma posterior la Caja de Retiros de las Fuerzas Militares – Cremil- expidió la Resolución número 12997 del 04 de mayo de 2018 *por la cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del señor soldado profesional (R) del Ejército ARGEMIRO SEÑOR ALTAMIRANDA identificado con la cédula de ciudadanía N°. 78.764.570 de Tierralta*” (Fls. 119-120). En la misma se expresa que en la hoja de servicios del actor se liquidaron los haberes devengados con base en el salario mínimo incrementado en un cuarenta por ciento (1 SMLMV + 40%), no obstante, la Dirección de Prestaciones del Ejército Nacional remitió a la entidad demandada el complemento de la hoja de servicios número 3-78764570 del 12 de septiembre de 2017 en la cual se reajusta el sueldo básico del actor computable dentro de la asignación de retiro en el veinte por ciento, para un total de un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (1 SMLMV +60%), por lo que era procedente ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del actor con base en el incremento salarial ordenado.

En ese orden de ideas, para esta Unidad Judicial se encuentra plenamente demostrado que la Caja de Retiros de las Fuerzas Militares – Cremil- procedió a reajustar la asignación de retiro del señor Argemiro Senior Altamiranda acorde con la nueva asignación básica contenida en el complemento de la hoja de servicios correspondiente a un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (1 SMLMV +60%). Por lo tanto, no le asiste otro camino al Despacho que negar la pretensión de reajuste de la asignación de retiro del demandante.

CONCLUSIÓN: No es procedente acceder a lo solicitado por cuanto se demostró que la entidad demandada procedió a reajustar la asignación de retiro del actor con el incremento del veinte por ciento (20%) sobre la asignación básica.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO.

¿La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –Cremil- aplicó correctamente la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para liquidar la asignación de retiro que actualmente devenga el señor Argemiro Senior Altamiranda?

TESIS DEL DESPACHO: No se acreditó que se haya dado aplicación de forma errónea al artículo 16 del decreto 4433 de 2004 al momento de liquidar la asignación de retiro que percibe el actor.

SUSTENTO: El artículo 13 numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004 consagra que son partidas computables para liquidar la pensión de los soldados profesionales, el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004²⁵.

²⁵ Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

Por su parte, el artículo 16 *ibídem* sostiene que la asignación de retiro de los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo y tengan veinte años de servicios, se liquidará en cuantía equivalente al *setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad*²⁶. El numeral 13.2.1 remite al artículo 1° del Decreto 1794 de 2004, el cual establece en su inciso segundo que los soldados voluntarios devengarán un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

En concordancia con lo anterior, el artículo 1° del Decreto 1162 de 2004 expresa que *“A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, **se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; 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 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”***.

En relación con la forma como debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la forma en que debe liquidarse la prestación, el Consejo de Estado en providencia del 09 de marzo de 2017 con radicación 66-001-23-33-000-2013-00079-01 expuso que para liquidar la asignación de retiro debe sumarse el salario mínimo legal mensual incrementado en un sesenta por ciento (1 SMLMV+60%) aplicando a ese subtotal el porcentaje del setenta por ciento (70%). Una vez obtenido el resultado, deberá adicionarse al mismo el porcentaje del 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje este último (el de la prima de antigüedad) que debe obtenerse de la totalidad del ciento por ciento de la asignación mensual.

*“En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, **en la medida en que se señala que debe tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.***

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto”²⁷.

Del estudio del material probatorio que reposa en el expediente, se advierte que se encuentra probado que al señor Argemiro Senior Altamiranda le fue reconocida asignación de retiro por parte de Cremlil mediante Resolución número 4407 del 26 de mayo de 2015 (Fls. 71 reverso - 72). Ahora bien, en el numeral primero del acto administrativo de reconocimiento de asignación de retiro se indica la forma en que fue liquidada la asignación del actor, la cual se cita a continuación:

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

²⁶ ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 9 de marzo de 2017. Expediente: 66-001-23-33-000-2013-00079-01. N°. Interno: 2898-2014. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Luis Aníbal Clavijo Velásquez. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Ley 1437 de 2011.

"RESUELVE:

ARTÍCULO 1º. Ordenar el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del señor **Soldado Profesional (RA) del Ejército ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA** nacido el 09 de abril de 1975, identificado con la cédula de ciudadanía N° 78.765.570 de Tierralta, con cargo al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 10 de junio de 2015, así:

- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 del 30 de diciembre de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).
- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014²⁸.

En ese sentido, atendiendo lo expuesto en el acto administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro, advierte esta Unidad Judicial *prima facie* que de la simple lectura del enunciado realizado por Cremil sobre la fórmula de liquidación no se observa que la entidad demandada haya dado una interpretación errónea a las normas señaladas o que haya sido contraria a lo indicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado para la liquidación de la prestación percibida por el demandante. Más aun, no reposa en el plenario prueba alguna que indique específicamente la forma como se aplicó la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y el cálculo de los factores computables de asignación básica, prima de antigüedad y subsidio familiar a efectos de determinar el valor de la mesada de la asignación de retiro del demandante. Por lo tanto, dado que el actor no cumplió con la exigencia procesal contenida en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 sobre la carga de prueba, se procederá a negar la pretensión de reajuste prestacional por indebida aplicación de la fórmula de liquidación.

Finalmente, es procedente indicar que si bien Cremil expuso en el contenido de la excepción la forma como debe liquidarse la asignación de retiro, el Despacho trajo a colación la jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se indican las directrices sobre la forma correcta de la aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del decreto 4433 de 2014, la cual disiente de lo manifestado por la entidad demandada, siendo entonces necesario declarar no probada la excepción de "*Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro*". No obstante, la parte actora no acreditó en plenitud la forma en que se le liquidó la prestación, por lo que tampoco es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

CONCLUSIÓN. No se demostró dentro del presente proceso que se haya realizado una indebida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro que percibe el actor, por lo que no es posible acceder a dicha pretensión.

CUARTO PROBLEMA JURÍDICO:

¿Le asiste al señor Argemiro Senior Altamiranda el derecho a que se reliquide la asignación de retiro que actualmente percibe incluyendo como factor computable la prima de navidad?

TESIS DEL DESPACHO: La negativa de Cremil de incluir la prima de navidad como factor de liquidación de la asignación de retiro del actor en su condición de soldado profesional, no constituye una vulneración al derecho a la igualdad frente a los oficiales y

²⁸ Resolución número 4407 del 26 de mayo de 2015 mediante la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Soldado Profesional (r) del Ejército Argemiro Senior Altamiranda. (Fis. 71-72).

suboficiales de la Fuerza Pública por cuanto estos se encuentran en situaciones jurídicas distintas frente a los primeros.

SUSTENTO: El artículo 13 numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004 consagra las partidas computables para liquidar la pensión de los soldados profesionales, estableciendo que aplican en esos casos el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, excluyendo de la misma a la prima de navidad. Empero, la citada norma sí establece esa prestación como factores como computable para la liquidación de la asignación de retiro de los suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares.

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

Sobre la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad como factor de liquidación de la asignación de retiro, el Consejo de Estado en providencia del ocho (08) de noviembre de 2017 sostuvo que no configura una violación directa a la Constitución el hecho que la duodécima parte de la prima de navidad sea computable en la asignación de retiro de oficiales y suboficiales y no para soldados profesionales por cuanto su exclusión no desconocía el derecho a la igualdad. Es de resaltar que esta posición ya había sido fijada en la sentencia del 06 de septiembre de 2017 con radicado 11001-03-15-000-2017-01906-00(AC) y recientemente reiterada en providencia del 31 de octubre de 2018 con radicado 11001-03-15-000-2018-02515-01(AC).

Así mismo, expuso que la doceava parte de la prima de navidad no es computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales por cuanto con ello no se genera un trato discriminatorio por el solo hecho que sí se deba tener en cuenta esa prestación en los casos de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública y no para soldados profesionales, por cuanto no se está en situaciones iguales si no en situaciones disímiles y que no existe un precedente vinculante que obligue a tener la prima de navidad como factor computable para el caso de soldados de la Fuerza Pública.

“3.5.2. Igualmente, estima la Sala, en su decisión el Tribunal no incurrió en violación directa de la Constitución, por el hecho de no haber confirmado lo resuelto en primera instancia, que había ordenado incluir como partida computable de la asignación de retiro del actor la duodécima parte de la prima de navidad, inaplicando el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por vía de la excepción de inconstitucionalidad.

La autoridad judicial cuestionada, de manera seria y con sustento en jurisprudencia constitucional, expuso los motivos por los cuales esa partida no podía -por la vía de inaplicar ese artículo- asumirse como computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, al resaltar que lo contemplado en esa norma no genera un trato discriminatorio por el hecho que sólo la consagre como computable para Oficiales y Sub Oficiales.

En tanto que el derecho a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso se trata de situaciones de hecho distintas.

Incluso, no existe desconocimiento de precedentes en esta materia, como pretende hacerlo ver el actor, porque si bien es cierto en algunos eventos el Consejo de Estado y el mismo Tribunal Administrativo de Cundinamarca han inaplicado ese artículo por vía de la excepción de inconstitucionalidad, ha sido para ordenar se tenga como computable el subsidio familiar, más no la duodécima parte de la prima de navidad.

Ahora bien, el hecho que en determinados asuntos algunas Subsecciones de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hayan -por la vía de la inaplicación del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004- ordenado tener como computable la duodécima parte de la prima de navidad, **las mismas no se erigen como un precedente vinculante.**

Se insiste, no responden a un criterio unificado de esa Corporación, ni del Consejo de Estado. Por tanto, no son vinculantes²⁹.

Sobre la diferencia entre tratos discriminatorios y tratos desiguales, la Corte Constitucional en sentencia C-057 de 2010 expuso las reglas para determinar cuándo se está frente a un trato desigual, el cual por sí solo no es suficiente para configurar una violación al principio de igualdad contenido en la Norma Superior.

"6-La Constitución Política de Colombia, en su artículo 13 prescribe que todas las personas nacen iguales ante la ley y que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Empero lo anterior, dicha norma no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática. Tanto es así que los incisos segundo y tercero del artículo ídem ordenan al Estado promover *"las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva"*, adoptar *"las medidas a favor de grupos discriminados o marginados"* y, además, proteger *"especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta"*.

De lo descrito anteriormente se desprende que el citado artículo 13 superior prohíbe a las autoridades discriminar a las personas, pero no conferir tratos distintos entre ellas en aras de lograr la igualdad material. Lógicamente, la jurisprudencia constitucional 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 y por tanto se ajustan a la Constitución; indicando que para la adopción de estas últimas deben estar presentes los siguientes presupuestos: *(i) que las personas sujetos 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.*

En este orden de ideas, tenemos que la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad, pues para acreditar la existencia de una conducta discriminatoria es necesario verificar, entre otras cosas, que la persona o grupo de personas que se traen como referente se encuentran en la misma situación fáctica de quien alega la afectación del derecho. Si no es así, en el evento en que no pueda constatarse esta última circunstancia, estaríamos en ausencia de la primera condición exigida por la jurisprudencia constitucional para la vulneración del derecho a la igualdad, esto es: la igualdad de los supuestos de hecho en los cuales se deben encontrar, tanto quien alega la vulneración del derecho, como sus referentes. Se entiende así mismo, de manera lógica, que el trato desigual en situaciones fácticas distintas no es violatorio del derecho a la igualdad³⁰

De lo anterior se puede colegir que en el presente asunto no se advierte un trato discriminatorio entre la situación del actor en su condición de soldado profesional y los oficiales y suboficiales a quienes sí se les toma la prima de navidad como factor computable para liquidar la asignación de retiro, atendiendo que al encontrarse en situaciones fácticas distintas no es posible predicar la afectación al principio de igualdad. Para ilustrar lo anterior, se trae a colación la diferencias fácticas entre los soldados, oficiales y suboficiales realizadas por la Corte Constitucional en la providencia citada en precedencia, al determinar si era justificable un trato diferencial entre estos para acceder a los subsidios de vivienda y el monto reconocido por el Gobierno Nacional, considerando legítimo el trato diferenciado entre unos y otros sujetos de la Fuerza Pública.

"3.6.1.1. La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02506-00(AC). Actor: JAIR MONTENEGRO OROZCO. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-057 de 2010.

(...). 3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes.

(...) 3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas³¹.

De los criterios jurisprudenciales esbozados concluye esta Unidad Judicial que en relación a la prima de navidad como factor de liquidación de la asignación de retiro, los soldados profesionales se encuentran en una situación fáctica y jurídica distinta legalmente justificable en relación con los oficiales y suboficiales, la cual encaja en el trato desigual desarrollado por la jurisprudencia constitucional, sin que ello configure la existencia de un trato discriminatorio que exija adoptar la decisión de inaplicar la norma contenida en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y en su lugar proceder a ordenar el reajuste de la asignación de retiro del actor incluyendo la prima de navidad como factor de liquidación, por cuanto, como se dijo antes, es justificable tal diferenciación. En ese sentido, se procederá a negar la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro que devenga el actor teniendo como factor de liquidación la duodécima parte de la prima de navidad.

CONCLUSIÓN: Al demandante no le asiste el derecho a que su asignación de retiro sea reajustada teniendo como factores de liquidación la duodécima parte de la prima de navidad por cuanto frente a esta última no existe un trato discriminatorio.

QUINTO PROBLEMA JURÍDICO:

¿Es procedente ordenar el reconocimiento y pago de la diferencia causada entre el porcentaje del subsidio familiar tomado como factor computable para liquidar la asignación de retiro del Argemiro Senior Altamiranda y lo devengado por este concepto durante el servicio activo, por desconocimiento del principio de igualdad, de los derechos adquiridos y en aplicación del principio de favorabilidad?

TESIS DEL DESPACHO: No se desconoció el derecho de igualdad del actor en relación con la aplicación del artículo 13.1.7 del decreto 4433 de 2004. De igual forma, tampoco es procedente ordenar su aplicación a través del principio de favorabilidad y menos aún se configuró un derecho adquirido a favor del actor en cuanto a la norma enunciada.

SUSTENTO: El apoderado judicial de la parte actora considera que se le desconoció su derecho a la igualdad y al principio de favorabilidad en relación con el reajuste del subsidio familiar como factor computable en el porcentaje del 100% de lo devengado en servicio por ese concepto, porque el artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004 determina que la asignación de retiro que devenga el demandante debe pagarse con el subsidio familiar *en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro*. Así mismo,

³¹ Ibidem.

expresa que se desconocieron los derechos adquiridos y el derecho a la igualdad del actor en relación con los demás compañeros en el grado de soldados profesionales por cuanto a ellos si les están cancelando el subsidio familiar conforme el Decreto 1794 de 2000, correspondiente a 4% del salario básico más 100% de la prima de antigüedad a la fecha de retiro.

Sobre el principio de favorabilidad y su relación complementaria con el principio de inescindibilidad de la norma, el Consejo de Estado ha establecido que el primero alude al escenario en el cual no existe certeza para el juzgador sobre cuál es la disposición normativa aplicable al caso concreto debido a que existen diversos textos normativos que regulan la misma situación jurídica, frente a la cual debe darse aplicación a aquella que confiera mayor favorabilidad al trabajador, siempre y cuando se aplique en su integridad esa regulación y se respete totalmente el conjunto normativo al cual pertenece sin escindir la normas aplicadas, fragmentarlas o seleccionar a conveniencia las que sean favorables de unos y otros regímenes o cuerpos normativos. **Por su parte, la condición más beneficiosa** implica la existencia de un tránsito normativo en el cual se debe seleccionar si la normatividad aplicable es la derogada o la que se encuentra vigente, ya que se busca salvaguardar las expectativas legítimas frente al cambio normativo sobre las aspiraciones a obtener el reconocimiento de un derecho, atendiéndose el principio general que impide que se apliquen indistintamente normas correspondientes a uno y otro régimen o aplicar parcialmente alguno de ellos.

"[...] El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda demostrada y fehaciente en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido [...].

(...). De lo anterior se colige que el denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad, tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

Por otra parte, la condición más beneficiosa se presenta cuando hay tránsito legislativo y en ese sentido se debe escoger entre una norma derogada y otra vigente y propende por la salvaguarda de las expectativas legítimas, que es aquella que otorga a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro"³².

A efectos de determinar si es procedente acoger el principio de favorabilidad alegado por el apoderado judicial del actor, así como la presunta vulneración al principio de igualdad, es necesario estudiar la situación jurídica del actor, el régimen normativo aplicable a su condición de soldado profesional y las normas que regulan el porcentaje computable de la asignación de retiro que actualmente devenga.

El Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 "Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas

³² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-02750-01(2579-17). Actor: MAURO NIÑO FORERO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. LEY 1437 DE 2011.

Militares", indica en su artículo 11 sobre el derecho al reconocimiento del subsidio familiar a partir de la vigencia del citado decreto (01 de enero de 2001), que el mismo se liquidaría en servicio con el equivalente a 4% de salario básico y 100% de prima de antigüedad:

"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"³³.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009**³⁴ *"Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones"*, en el que expresa que aquellos soldados profesionales e infantes de marina que a la vigencia de ese cuerpo normativo (30 septiembre de 2009) devengaran subsidio familiar en aplicación del artículo cuya derogatoria se decreta, continuarían percibiéndolo hasta el día de su retiro, aclarando que el mismo se liquida en servicio con el equivalente al 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad.

"ARTÍCULO 1°. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO 1°. 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 2°. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

ARTÍCULO 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000"³⁵.

Del enunciado anterior se puede colegir que el subsidio familiar como prestación social devengada por los soldados profesionales e infantes de marina, fue eliminada del ordenamiento jurídico a partir del 30 septiembre de 2009, fecha de inicio de la vigencia del Decreto 3770 de 2009, prestación que continuaría siendo cancelada hasta la fecha de retiro de los citados miembros de la Fuerza Pública siempre y cuando la estuvieren percibiendo al amparo del Decreto 1794 de 2000.

No obstante, el día 24 de junio de 2014 se expidió el **Decreto 1161 de 2014** *"Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones"*, el cual ordenó la creación del subsidio familiar a partir del 01 de julio de esa anualidad para los miembros de la Fuerza Pública antes enunciados, siempre que estuvieran en servicio activo y que no percibieran el subsidio familiar regulado en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y el Decreto 3770 de 2009, el cual sería reconocido en un porcentaje máximo del 26% de la asignación básica devengada.

"ARTÍCULO 1. SUBSIDIO FAMILIAR PARA SOLDADOS PROFESIONALES E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES. Créase, a partir del 1 de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

³³ Decreto 1794 de 2000. Artículo 11. Subsidio familiar.

³⁴ Norma derogada por la sentencia del 08 de junio de 2017 con radicado 0686-10. Al respecto véase: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. *Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS.* Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10). Actor: FUNDACIÓN COLOMBIANA SENTIMIENTO PATRIO DE LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES "SEDESOL". Demandado: GOBIERNO NACIONAL. Asunto: Competencia para su expedición y efectos de la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que dispuso la creación de la prestación de subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales.

³⁵ Decreto 3770 de 2009. Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones

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

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

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

PARÁGRAFO 1. 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 2. Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1 de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, lga 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 3. Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto³⁶.

En cuanto al subsidio familiar como factor computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez de los soldados profesionales e infantes de marina, el artículo 5° *ibídem* consagra que a partir del 01 de julio de 2014 se tendrá en cuenta como partida computable el setenta por ciento (70%) del valor que devengue en actividad por este concepto, el cual se sumará de forma directa al valor que corresponda a la asignación de retiro o pensión liquidado conforme el artículo 4433 de 2004.

“ARTÍCULO 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”³⁷.

Conjuntamente con lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014 *“Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”*, el cual establece en su artículo primero que quienes adquirieron el derecho a devengar en servicio el subsidio familiar en la vigencia de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se le tendrá a partir del 01 de julio de 2014 como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez, el equivalente al 30% de dicho concepto, el cual se sumará en forma directa al valor de la prestación periódica reconocida y liquidada conforme el Decreto 4433 de 2004.

“ARTÍCULO 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; 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 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”³⁸.

³⁶ Decreto 1161 de 2014. Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones

³⁷ *Ibidem*. Artículo 5.

³⁸ Decreto 1162 de 2014 *“Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”*.

Finalmente, el Decreto 3770 de 2009 fue declarado nulo en toda su integridad con efectos *ex tunc* mediante providencia de fecha ocho (08) de junio de 2017 expedida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Cesar Palomino Cortés y radicación número 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10)

En el asunto *sub examine*, revisada la hoja de servicios obrante a folio 73 del expediente, se advierte que el actor detentó el grado de soldado profesional y devengó en actividad el subsidio familiar en cuantía de quinientos sesenta y tres mil ochocientos seis pesos con veinticinco centavos (\$563.806,25)³⁹, a la cual se le obtiene el treinta por ciento (30%) para efectos de partida computable para asignación de retiro, lo que arroja una suma equivalente a ciento sesenta y nueve mil ciento cuarenta y dos pesos (\$169.142). Así mismo, la entidad demandada expresó en la Resolución número 4407 del 26 de mayo de 2015, acto de reconocimiento de la asignación de retiro (Fl. 71 reverso y 72), que se calcularía el monto de la mesada de la siguiente forma: i) 70% del salario mensual, ii) adicionado con el 38,5% de la prima de antigüedad y iii) 30% del subsidio familiar devengado en actividad conforme el artículo 1º del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014.

En ese sentido, está plenamente demostrado que el actor se encuentra cobijado en cuanto al subsidio familiar como prestación social devengada en actividad por los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, mientras que sobre el porcentaje computable de esta prestación para el reconocimiento de asignación de retiro, a la normatividad contenida en el Decreto 1162 de 2014.

Ahora bien, **esta Unidad Judicial considera que la norma contenida en el artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, de la cual se solicita su aplicación en alusión al principio de favorabilidad, no es aplicable al presente asunto**, ya que en la misma se consagra el porcentaje computable del subsidio familiar para liquidar la asignación de retiro, pensión de invalidez y sobrevivencia en el equivalente a lo devengado para esa prestación social a la fecha de retiro del servicio, **únicamente para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y no para el caso de los soldados profesionales como lo es el actor**, tal como se observa de la norma en cita.

“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 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

Lo anterior por cuanto el régimen normativo aplicable sobre el porcentaje del subsidio familiar computable para la liquidación de las citadas prestaciones periódicas, se encuentra contenida para el caso del actor en su condición de soldado profesional en el Decreto 1162 de 2014, el cual señala en su artículo 1º que solo se tendrá en cuenta el 30% de lo devengado en actividad por este concepto. En ese sentido, observa el Despacho que lo perseguido por la parte demandante es que se aplique de forma aislada

³⁹ Suma correspondiente al 4% de la asignación básica sumada con el monto de la prima de antigüedad.

una norma jurídica contenida en un régimen prestacional que no lo cubre y para el cual no cumple con los requisitos exigidos, por considerar que la misma es más favorable que la que regula su situación jurídica, lo que claramente no es procedente **ya que los artículos 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004 y 1° del Decreto 1162 de 2014 regulan dos situaciones jurídicas completamente distintas, normas que si bien se refieren al porcentaje del subsidio familiar computable para la asignación de retiro o pensión de invalidez, la primera cubre a los oficiales y suboficiales mientras que la segunda norma lo regula frente a los soldados profesionales e infantes de marina, los cuales son miembros de la Fuerza Pública mas no comparten la misma regulación normativa y tampoco igual condición jurídica, salarial y prestacional, por lo que no constituyen dos cuerpos normativos que regulen la misma situación en iguales destinatarios para que sea procedente aplicar la norma más favorable en atención a ese principio.**

De igual forma, **lo pretendido por el actor constituye un desconocimiento al principio de inescindibilidad de la norma**, el cual prohíbe dividir los cuerpos normativos para resolver con parte de unas y otras para obtener mayor beneficio en el caso de que se trate, pretendiendo que se le aplique por favorabilidad una norma jurídica del régimen de los oficiales y suboficiales, más aun cuando, tal como se dijo en precedencia, existe diversidad de situaciones jurídicas, salariales y prestacionales entre estos y los soldados profesionales, estudio que esta Unidad Judicial realizó en precedencia.

De otro lado, en cuanto a lo expresado sobre el desconocimiento de los derechos adquiridos y el derecho a la igualdad del demandante en relación con los demás compañeros en el grado de soldados profesionales por cuanto a ellos si les están cancelando el subsidio familiar conforme el Decreto 1794 de 2000 a la fecha de retiro, esta Unidad Judicial manifiesta que **el derecho adquirido es aquel que ha ingresado definitivamente al patrimonio de la persona⁴⁰ y que puede invocarse respecto de aquellos derechos que el funcionario ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependen del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene derecho⁴¹.**

Al respecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 norma que regula los factores computables de la asignación de retiro a favor de los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, no consagra el subsidio familiar como partida computable para estos últimos, por lo que acorde con esa normatividad era factible afirmar que los soldados profesionales no tenían derecho a que se les tuviera en cuenta esa prestación aunque lo percibieran en actividad. Posteriormente, por vía jurisprudencial el Consejo de Estado venía reconociendo ese derecho mediante la inaplicación para el caso concreto y con efectos *inter partes* del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. No obstante, a partir de la expedición del Decreto 1162 de 2014, se estableció el reconocimiento normativo del subsidio familiar a partir del 01 de julio de 2014 como factor de liquidación de la asignación de retiro computable en porcentaje del treinta por ciento (30%) de lo devengado en actividad, por lo que aquellos soldados e infantes de marina que estuvieran percibiendo esa prestación social en actividad conforme los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se les liquidaría la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje señalado.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencias C-584/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-453/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dolly Pedraza de Arenas, sentencia del 2 de agosto de 1996, proceso con radicado No. 10995.

En ese sentido, considera esta Unidad Judicial que **en el presente asunto no se configuró un derecho adquirido por cuanto no existía a favor del actor una situación jurídica consolidada que consagrara el derecho a que el subsidio familiar se le computara como factor de liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales y menos aún que el actor haya percibido en su patrimonio la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar, exigencia necesaria para que se haya conformado un derecho adquirido.**

De igual forma, **no es posible considerar que se hubiese configurado una expectativa legítima cierta a favor del señor Argemiro Senior Altamiranda,** concepto que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional y reiterado por el Consejo de Estado como una probabilidad cierta de consolidación futura de un derecho bajo las condiciones previamente establecidas.

*"Acorde con lo dicho, la Corte Constitucional definió el concepto de "expectativa legítima", aseverando que estas suponen **"una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada.** Tales expectativas pueden ser modificadas por el legislador en virtud de sus competencias, si ello se requiere para cumplir fines constitucionales, pero no pueden ser modificadas de una manera arbitraria en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos"⁴².*

Ello por cuanto de forma previa a la expedición del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014 no existía la posibilidad de computar a la asignación de retiro de los soldados profesionales el subsidio familiar devengado en actividad en el porcentaje indicado en el artículo 1º *ibídem*. Así mismo, es claro para esta Unidad Judicial que al 01 de julio de 2014, fecha a partir del cual surte efectos el artículo 1º del citado decreto, el actor aún se encontraba en actividad devengando el subsidio familiar conforme los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, sin que de forma previa se hubiese configurado una expectativa legítima a ese derecho, siéndole conformada dicha expectativa únicamente a partir de la aplicación del artículo 1º del Decreto 1162 de 2014. Por lo tanto, es imposible predicar que se había configurado de forma previa a la expedición del multicitado decreto una situación jurídica consolidada a que el subsidio familiar se computara a la asignación de retiro causada a favor del actor.

Finalmente, es de advertir que si bien el apoderado judicial del demandante manifiesta que se desconoció el derecho a la igualdad por cuanto muchos de sus compañeros en el grado de soldados profesionales se les está computando el subsidio familiar con el cien por ciento (100%) de lo devengado en actividad, no obra en el plenario prueba que acredite tal afirmación. Ahora, si bien a folio 80 se aportó la nómina de la asignación de retiro que devenga el señor Jorge Luis Estarita Escorcia, no es posible realizar examen alguno al respecto porque no se cuenta con el material probatorio suficiente para estudiar si el mismo se encuentra en situación fáctica y jurídica similar a la del actor.

CONCLUSIÓN: En el presente asunto no es procedente ordenar la aplicación del artículo 13.1.7 del decreto 4433 de 2004, ya que no se configuró un derecho adquirido por parte del actor, no se presentan los supuestos facticos y normativos necesarios para que se aplique la norma mediante el principio de favorabilidad o condición más beneficiosa y

⁴² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0586-10). Actor: FUNDACIÓN COLOMBIANA SENTIMIENTO PATRIO DE LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES "SEDESOL". Demandado: GOBIERNO NACIONAL. Asunto: Competencia para su expedición y efectos de la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que dispuso la creación de la prestación de subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales. Citando a: Corte Constitucional. Sentencia C-663 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda.

tampoco se demostró la existencia de un derecho adquirido o una expectativa legítima antes de la expedición del Decreto 1162 de 2014.

DE LA CONDENA EN COSTAS.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas de la Ley 1564 de 2012. Ahora bien, el Despacho trae a colación lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia del 12 de diciembre de 2017 sobre la condena en costas.

"Esta Subsección en reciente providencia tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente: a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo valorativo" -CPACA-; b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP; c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes; d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura); e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial; g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia"⁴³.

Acorde esta cita jurisprudencial el Juez debe realizar un análisis valorativo donde se acredite que la parte que se favorece con el fallo realizó erogaciones por la iniciación del proceso judicial, *verbi gratia* el pago de los gastos del proceso, así como la actividad del abogado; destacándose además que se debe examinar a quién se está condenando en costas. En este orden de ideas, si bien anteriormente el Despacho en todos los casos condenaba en costas a la parte vencida, en alusión al análisis realizado sobre esta posición jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado, esta Unidad Judicial cambió su postura para ajustarla a la misma, tal como lo ha manifestado en otras sentencias.

En ese sentido, esta Unidad Judicial no procederá a condenar en costas conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto no existe prueba de su causación, razón suficiente para no condenar en costas dentro del presente proceso.

DE LAS ÓRDENES A IMPARTIR

Conforme lo anterior y ante la multiplicidad de problemas jurídicos resueltos en esta providencia, esta Unidad Judicial procederá a expedir las siguientes ordenes:

i) Se declararán no probadas las excepciones de "Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto al reajuste solicitado con SMLMV más el 60%" y "Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro" interpuestas por Cremil. ii) Se declararán probadas las excepciones de "Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes", "Existencia de reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro", "No

⁴³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), radicación número: 25000-23-42-000-2013-05105-01(0209-15).

configuración a la violación del derecho a la igualdad”, “Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad en la asignación de retiro del soldado profesional”, “No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de Retiro de las Fuerzas Militares”, “No configuración de causal de nulidad”. iii) Se negarán las pretensiones de la demanda, iv) el Despacho se abstendrá de resolver por sustracción de materia la excepción de “Prescripción del derecho” y finalmente, v) se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito de Montería, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto al reajuste solicitado con SMLMV mas el 60%” y “Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro”* interpuestas por Cremil, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de *“Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes”, “Existencia de reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro”, “No configuración a la violación del derecho a la igualdad”, “Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad en la asignación de retiro del soldado profesional”, “No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de Retiro de las Fuerzas Militares”, “No configuración de causal de nulidad”* interpuestas por Cremil, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuesta en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSTENERSE de resolver por sustracción de materia la excepción de *“Prescripción del derecho”*.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada ésta providencia, devuélvase a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas por concepto de gastos del proceso. Cancélese su radicación. Archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial de Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
Jueza



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado ponente Pedro Olivella Solano

Montería, tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación	23.001.33.33.005.2017.00085.01
Demandante	Argemiro Sénior Altamiranda
Demandado	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de marzo de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería.

I. ANTECEDENTES

1.- La Demanda

El señor Argemiro Sénior Altamiranda presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho donde solicitó la nulidad del Oficio 69482 de 28 de septiembre de 2015, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se negó el reajuste de su asignación de retiro.

Conforme lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a efectuar la reliquidación de la asignación de retiro que actualmente percibe, en los siguientes términos:

- Incremento del salario mínimo legal mensual vigente en porcentaje equivalente al 60% debido a la indebida aplicación del inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.
- Reliquidación del porcentaje del 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- Inclusión de la prima de navidad como factor de liquidación en alusión al artículo 13 numeral 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004.
- Pago de la diferencia del subsidio familiar de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 modificado por el Decreto 3770 de 2009 por el principio de favorabilidad.

El **sustento fáctico** se sustrae en que el demandante ingresó al Ejército Nacional como soldado regular y su vinculación estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985. A partir del 1° de noviembre de 2003 su vinculación se rigió por

los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004. Estuvo vinculado durante 20 años, razón por la cual le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución 4401 de 26 de mayo de 2015.

Estimó como **normas violadas** las siguientes disposiciones: Constitución Política, artículos 2, 4, 6, 13, 29 y 53; Ley 131 de 1985; Ley 4ª de 1992; Decreto 1793 y 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004. En el **concepto de violación**, expresó que la entidad demandada al momento de la expedición de la resolución de la asignación de retiro, no efectuó el reajuste del 70% como es debido, ya que de forma errónea efectúan una liquidación por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación de retiro al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar.

2.- Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda manifestando que la aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 fue debidamente aplicada por la entidad. Así mismo argumentó que mediante el artículo 1º del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014 se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable, disposición que fue plenamente cumplida en la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro. En cuanto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de antigüedad, manifestó que esta se estableció como partida computable para la asignación de retiro de oficiales y suboficiales según el artículo 13 del decreto 4433 de 2004.

3.- Sentencia apelada

El 14 de marzo de 2019 el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería negó las pretensiones de la demanda. Manifestó que efectivamente los soldados voluntarios que fueron profesionalizados tienen derecho a devengar un salario mínimo incrementado en un 60%, sin embargo consideró que no era procedente acceder a ello por cuanto se demostró que la entidad demandada reajustó la asignación de retiro del actor con dicho incremento. Posteriormente, afirmó que no se demostró en el proceso que se haya realizado una indebida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro, por lo que no era posible acceder a dicha pretensión. En cuanto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, manifestó que no era procedente por no ser esta partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y finalmente, en cuanto al subsidio familiar consideró que no se configuró un derecho adquirido por parte del actor y no se

presentan los supuesto facticos necesarios para que se aplique la norma mediante el principio de favorabilidad o condición más beneficiosa y tampoco se demostró la existencia de un derecho adquirido.

4.- Recurso de apelación

La parte demandante apeló la sentencia y manifestó su inconformidad con la tesis adoptada por la *A quo*. Respecto a la reliquidación del 70% argumentó que la entidad no atendió lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Así mismo, en cuanto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, solicitó su inclusión bajo los parámetros del derecho a la igualdad respecto a otros funcionarios del Ministerio de Defensa.

II. CONSIDERACIONES

1.- Asunto a resolver

De conformidad con el recurso d apelación interpuesto, corresponde determinar si al demandante le asiste derecho de que su asignación de retiro sea reliquidada i) en el sentido de que al 70% del salario mensual se debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, ii) incluyendo como partida computable la doceava parte de la prima de navidad y iii) incluyendo como partida computable el subsidio familiar que devengaba en servicio activo.

2.- Análisis normativo y jurisprudencial.

En relación a la asignación de retiro de los soldados profesionales, se debe revisar lo dispuesto en el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, "*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*", vigente para la fecha de retiro del actor, estableció:

"ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. *Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*

Así, de conformidad con la anterior normativa, los soldados profesionales que se retiren del servicio con veinte (20) años de servicio, tienen derecho, a partir de la terminación de los tres (3) meses de alta, a una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del mismo decreto, adicionado con

un 38.5% de la prima de antigüedad, no pudiendo ser dicha asignación en ningún caso inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Este tema fue objeto de unificación por parte del Consejo de Estado a través de sentencia 25 de abril de 2019¹. La Corporación sostuvo:

“236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

....

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.”

En cuanto al subsidio familiar para los soldados que causen su derecho a la asignación de retiro con posterioridad a julio de 2014, dicha sentencia concluyó lo siguiente:

En conclusión, Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%² para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000³ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

De otra parte el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estableció las partidas computables de las Fuerzas Militares así:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda, Consejero ponente: William Hernández Gómez. Radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

² Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

³ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

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

Así las cosas, es evidente que la prima de navidad se encuentra excluida del cálculo de la asignación de retiro de los soldados profesionales, en tanto que sobre esta partida los soldados no efectúan los aportes respectivos. Al respecto la sentencia de unificación citada en precedencia manifestó:

“Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”

3. Análisis y conclusiones del caso concreto.

- El actor ingresó al Ministerio de Defensa como soldado regular desde el 23 de noviembre de 1994 hasta el 17 de mayo de 1996; pasó a soldado voluntario desde el 1° de agosto de 1996 hasta 31 de octubre de 2003, posteriormente a soldado profesional desde el 1° de noviembre de 2003 hasta el 10 de marzo de 2015⁴.
- Mediante Resolución 4407 de 26 de mayo de 2015, CREMIL le reconoció asignación de retiro al señor Argemiro Sénior Altamiranda, en grado de Soldado Profesional del Ejército, en cuantía del 70% del salario mensual adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad y 30% del subsidio familiar devengado en actividad⁵.
- Mediante Resolución 12997 de 4 de mayo de 2018, CREMIL ordenó el incremento de la partida del sueldo en un 20% dentro de la asignación de retiro⁶.

⁴ Ver hoja de servicios 3-78764570 visible a folio 14 del expediente

⁵ Ver resolución de reconocimiento visible a folio 17-19 del expediente

⁶ Ver resolución a folio 119-120 del expediente.

Revisado el material probatorio se tiene que, en relación con la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro incluyendo como partida computable el subsidio familiar, se precisa que el actor al momento de su retiro devengaba el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 en un porcentaje de 30%, por lo que al liquidarle su asignación de retiro lo tuvieron en cuenta como partida computable en el mismo porcentaje, por lo que es dable concluir que este reconocimiento no está viciado de nulidad, toda vez que al causarse su derecho a la asignación de retiro con posterioridad a julio de 2014, lo procedente era incluir el subsidio familiar devengado en actividad.

En cuanto a la duodécima parte de la prima de navidad, como quedó estipulado en el acápite anterior y en armonía con la sentencia de unificación pluricitada, no puede ser incluida como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Finalmente, en lo relacionado con la prima de antigüedad, se tiene que en la resolución de reconocimiento inicial (salario mínimo vigente + 40%) se tuvo en cuenta la misma como partida computable en un porcentaje de 38.5%, y al realizar el cálculo correspondiente se advierte que CREMIL aplicó dicho porcentaje a la totalidad del salario y no hay prueba alguna que dé cuenta de que luego de ajustar la asignación de retiro con el 20% mediante la resolución arriba reseñada (salario mínimo vigente + 60%) se haya disminuido la base del 100% del salario. Así las cosas, no hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y en consecuencia se confirmará la sentencia apelada.

4. Condena en costas

Conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A. se procede a verificar si hay lugar a condenar en costas en el caso concreto. En este punto, reitera la Sala el criterio previamente adoptado, bajo el entendido que conforme el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. *“solo habrá lugar a condenar en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

En el subjudice no existe evidencia alguna de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte vencida en el proceso, razón por la cual no se fijaran costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, a través de su Sala Primera de Decisión, el Tribunal Administrativo de Córdoba administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 14 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión virtual de la fecha.



PEDRO OLIVELLA SOLANO



DIVA MARÍA CABRALES SOLANO



NADIA PATRICIA BENÍTEZ VEGA
Magistrada



CREMIL

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

(<https://www.cremil.gov.co/>)

Comprobantes de pago

Fecha de generación : 03-06-2021 02:58 pm

Caja de Retiro de las FF.MM.-				Fecha de pago	30042021
Nombre	SENIOR ALTAMIRANDA ARGEMIRO			Nro.Cuenta	
Dirección	CALLE 9 #7-35 BARRIO 20 DE JULIO				
Unidad	61013	Grado	SLP	Nro.Cedula	78764570

Conceptos Devengados				
Cod	Descripción	Inicia	Termina	Valor
	*Sueldo Basico			1.453.642
	% de Liquidacion			70
	Subtotal			1.017.549
	**Partidas Computables			664.314
001	001	01042021	30042021	1.681.863
TOTAL DEVENGADO				1.681.863

Conceptos Descontados				
Cod	Descripción	Inicia	Termina	Valor
105	DTOLEYCRFM1%	202104	202104	16.819
110	DTO SERMEDIC4%	202104	202104	67.275
	01FAMMONT	201612	300012	319.554
378	CAPILLA LA FE	201912	202911	29.073
729	EXCEL CREDIT	202011	203010	382.852
TOTAL DEDUCCION				815.573
NETO				866.290

La base de liquidación corresponde al sueldo básico + la sumatoria de la totalidad de las partidas computables.

El porcentaje de liquidación corresponde a los años de servicio prestados a la Fuerza

Consulte y descargue la respuesta a sus derechos de petición a través de www.cremil.gov.co, servicios en línea/Consulta derechos de petición y si el envío físico se encuentra devuelto y su causal en el botón **rojo CORRESPONDENCIA DEVUELTA ubicado en la página principal**

Actualice sus datos de contacto en www.cremil.gov.co

Para verificar la autenticidad de este comprobante consulte la siguiente página

<https://www.cremil.gov.co/tools/comprobante.php?hash=58003203&cedula=78764570&print>