

COPIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: FABIO RAFAEL CHARRIS CASTILLA

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL

RADICADO: 20-001-33-33-006-2017-00164-01

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, de fecha 7 de febrero de 2019, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: DECLARAR NO probada las Excepciones de fondo propuesta por la Parte Demandada: CARENCIAS DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA SOLICITAR LA INCLUSION DE SUBSIDIO FAMILIAR, NO CONFIGURACION DE VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD y NO CONFIGURACION DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por violar el Principio de Igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. 2017-16473 del 30 de marzo de 2017, suscrito por el Jefe de Oficina Asesora Jurídica de CREMIL, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del Derecho, ordénese a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, la inclusión del Subsidio Familiar como partida computable para la Asignación de Retiro del SLP (R). FABIO RAFAEL CHARRIS CASTILLA desde el 17 de diciembre de 2013, fecha en que se hizo efectiva la Asignación de Retiro reconocida por CREMIL mediante Resolución 7061 del 13 de agosto de 2014.

QUINTO: Condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILIATRES, a reconocer y pagar a favor del actor la INDEXACIÓN de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor – IPC, conforme la formula indicada en la parte motiva de este fallo, mes a mes o anual, dependiendo de cada prestación, sobre la totalidad de los valores que le sean reconocidos por concepto del reajuste ordenado.

SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaría las Costas del proceso, incluyendo en la misma las Agencias en Derecho fijadas por el despacho a favor de la parte actora.

SÉPTIMO: La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILIATRES, dará cumplimiento a la sentencia en el término de 10 meses siguientes a la fecha de su ejecutoria, de conformidad con el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo se devengaran Intereses Moratorios a partir de la ejecutoria de la misma.

OCTAVO: En firme esta Sentencia, por Secretaria Comuníquese a la entidad Accionada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso finales del C.P.A.C.A); Igualmente expídase a la parte demandante la primera copia íntegra y autentica de la misma, que preste merito ejecutivo, en los términos de los articulo 114 -115 del C.G.P.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaria devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, désele cumplimiento a la siguiente Sentencia en los términos del artículo 298 del CPACA.¹ (Sic para lo transcrito)

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Manifestó el apoderado del señor FABIO RAFAEL CHARRIS CASTILLA, que éste prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado profesional, por un tiempo de 20 años y por reunir las exigencias del artículo 11° del Decreto 1794 le fue reconocida y pagada una partida de subsidio familiar, que al momento de retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.

Adujo, que mediante Resolución No. 7061 del 13 de agosto de 2014, CREMIL le reconoció una asignación de retiro, no obstante en la liquidación no se le computó la partida de subsidio familiar que tenía reconocida en un porcentaje del 62,5% al momento de su retiro del Ejército Nacional.

En virtud de lo anterior, presentó derecho de petición ante CREMIL, el día 9 de marzo de 2017, solicitando la inclusión de la partida del subsidio familiar que se computó en la liquidación de la asignación de retiro en el porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro, petición que fue resuelta mediante acto administrativo No. 2017-16473 del 30 de marzo de 2017, negando el incremento del porcentaje de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

2.2.- PRETENSIONES.-

¹ Ver folios 81 reverso y 82.

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2017-16473 del 30 de marzo de 2017, expedido por CREMIL, mediante el cual se le negó al actor el reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar en la liquidación de su asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a reajustar la asignación de retiro del demandante con la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, porcentaje del 62,5% a partir del 13 de agosto de 2014.

Así mismo, solicita que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

Adicionalmente, pretende que se ordene el pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA, así como la condena a pago de gastos, costas procesales y agencias en derecho.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso a las pretensiones solicitadas, por cuanto el reconocimiento de la asignación de retiro del actor se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en atención a lo dispuesto en la hoja de servicios militares tal como lo establece los artículos 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990.

Manifestó, que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, la norma consagró en forma expresa, los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para ello, sin entrar a contemplar la posibilidad de factores adicionales, como subsidio familiar y demás primas y bonificaciones solicitadas en la demanda.

Precisó, que con base en lo anterior, la entidad aplica la normatividad vigente al momento de los hechos, para el reconocimiento de las asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no se contempla la inclusión del subsidio familiar como partida computable para los soldados profesionales.

Consideró, que no existe vulneración al principio de igualdad, pues fue el legislador el que señaló los parámetros para el reconocimiento de las asignaciones de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, el cual se encuentra actualmente vigente y no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia, por lo tanto en estos asuntos en caso de inconformidad con dicha reglamentación, se debe acusar la mentada norma.

Sostuvo, que las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se adecuan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, por lo tanto no es posible predicar que las mismas estén viciadas de falsa

motivación.

Finalmente precisó, que para la condena en costas, ésta será procedente cuando en el expediente aparezcan causadas y comprobadas.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Valledupar accedió a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo que la no inclusión del subsidio familiar como partida computable para determinar el monto de la asignación de retiro del demandante, constituía un trato discriminatorio que violaba el principio de igualdad y hacía imperioso la inaplicación de la norma que consagra su exclusión.

Precisó, que CREMIL no incluyó el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro al demandante, por lo que consideró que este tenía derecho a la inclusión de la misma.

Finalmente, conforme a los precedentes jurisprudenciales citados con precedencia, el a quo procedió a inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, al excluir el subsidio familiar de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

En virtud de lo anterior, accedió a las pretensiones solicitadas en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, solicitando que sea revocada.

Arguye, que para el reconocimiento de la asignación de retiro se tuvieron en cuenta las normas legales pertinentes, entre las cuales cita al Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 de 2014, normas que señalan la forma como deben liquidarse las asignaciones, sin que sea procedente incluir factores adicionales o porcentajes que la ley no ha contemplado.

Sostiene, que la entidad reconoció la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro del actor en el porcentaje establecido en la norma, por lo tanto, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado.

Agrega, que no existe vulneración al derecho a la igualdad por cuanto fue el legislador el que estableció los parámetros para el reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004, el cual se encuentra vigente y no ha sido objeto de demandas de legalidad, señalándose en forma taxativas los porcentajes que deben ser aplicados.

Finalmente, muestra su inconformidad con la condena en costas que fue impuesta por el a quo, pues ésta no puede ser fijada bajo un criterio objetivo, sino subjetivo, no basta simplemente resultar vencida sino que debe realizarse una valoración de las conductas realizadas por esa parte.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Las partes no hicieron pronunciamiento.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos no emitió concepto de fondo.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Se contrae a establecer, si le asiste o no derecho al señor FABIO RAFAEL CHARRIS CASTILLA, a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reajuste su asignación de retiro, incrementando el porcentaje de la partida subsidio familiar dentro de la asignación de retiro, al 62.5% por ser el porcentaje que tenía reconocido al momento de su retiro. También, se analizará si es procedente o no la condena en costas.

8.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar, que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013², tal como es el caso que nos ocupa.

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

Así las cosas, lo primero que deberá establecer la Sala, es el régimen normativo y jurisprudencial de la partida del subsidio familiar para los soldados profesionales.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se concibió como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo 1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2).

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en sentencia C- 508 de 1997, sostuvo que el subsidio familiar ostenta una triple condición: la de prestación legal

² Acta No. 010.

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.

Para los soldados sólo se concibió esta prestación hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que le confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengar un subsidio familiar durante el servicio, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 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, el Presidente de la República expidió el Decreto 3770 de 2009 se derogó la anterior disposición, y con ello, los soldados profesionales perdieron el derecho a percibir el subsidio familiar. Sin embargo, esta norma contempló un régimen en materia de subsidio familiar, bajo el siguiente literal:

“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. Aclárese 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”. (Sic)

Es de anotar que 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 2017³, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

No obstante, en aras de eliminar la situación de desigualdad creada a los soldados profesionales, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se crea nuevamente el subsidio familiar a partir del 1 de julio de 2014, para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3700 de 2009 y se establece, que dicha partida será tenida en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro, así:

“ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 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

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 110010325000201000065 00(0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los soldados e infantes de Marina Profesionales «SEDESOL».

de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

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

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

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

PARÁGRAFO 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 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

(...)

ARTÍCULO 5°. 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." (Sic)

Propugnando por la igualdad de los Soldados Profesionales, se expidió igualmente el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, por el cual, se establece que para los Soldados Profesionales 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 también el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro, así:

"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". (Sic)

Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan sólo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

De lo anterior, es del caso concluir que 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% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

Ahora bien, recientemente, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia de unificación, SUJ-015-CE-S2-2019, radicado: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-2016) de fecha 25 de abril de 2019, M.P William Hernández Gómez, estableció las reglas para el reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales, llegando a la misma conclusión señalada con relación a la partida del subsidio familiar, así:

1. *"En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

309. *En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:*

1.1. *Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*

1.2. *Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.*

2. 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%⁴ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁵ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

(...)” (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

8.5.- CASO CONCRETO.-

Atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación incoado por la parte demandada, esta Corporación, en primer lugar, hará un recuento de los hechos probados en el proceso, en lo pertinente, así:

Se encuentra acreditado, que el señor FABIO RAFAEL CHARRIS CASTILLA, prestó el servicio militar obligatorio, desde el 12 de noviembre de 1992 hasta el 15 de mayo de 1994 como soldado regular, que posteriormente fue soldado voluntario del Ejército Nacional durante el periodo comprendido entre el 10 de julio de 1994 hasta el 31 de octubre de 2003. Seguidamente, desde el 1° de noviembre de 2003, pasó a desempeñarse como soldado profesional, hasta el 3 de septiembre de 2013, por adquirir el derecho a la pensión. (Ver hoja de servicio, folios 6 y 7).

Posteriormente, a través de Resolución No. 7061 del 13 de agosto de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al soldado profesional ® del Ejército Nacional FABIO RAFAEL CHARRIS CASTILLA. (Folios 8 a 10).

Así mismo se demostró, que el día 9 de marzo de 2017, el señor FABIO RAFAEL CHARRIS CASTILLA elevó derecho de petición al Director de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro, incrementando la partida subsidio familiar al 62.5% de la asignación básica, tal como se percibía en actividad. (Folios 2 a 4).

De igual forma está acreditado, que el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dio contestación a la petición anterior, a través del Oficio 2017-16473 de fecha 30 de marzo de 2017, negando la solicitud incoada por el demandante. (Folio 5)

Conforme a lo anterior, se tiene que el demandante cumplió los requisitos para la asignación de retiro y se retiró del servicio antes de la vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, esto es el 16 de diciembre de 2013⁶, por lo cual estaríamos en la hipótesis contemplada en la regla 3 fijada en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado⁷, de la cual se hizo referencia en el acápite anterior, según la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro

⁴ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁵ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

⁶ Según se desprende de la resolución por medio de la cual se reconoció la asignación de retiro.

⁷ Sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019, Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

Así entonces, para el caso concreto del demandante al momento de ser retirado del servicio, para computar el monto de la asignación de retiro, no se debía incluir el subsidio familiar como partida computable, se itera, por cuanto no le era aplicable el Decreto 1162 de 2014.

Así las cosas, al revisar la Resolución No. 7061 del 13 de agosto de 2014, por medio de la cual se le reconoció al demandante una asignación mensual de retiro, se aprecia que la misma se ajustó a la normatividad vigente, dado que para liquidar la asignación, no se tuvo en cuenta la partida de subsidio familiar, como quiera que para el momento en que se le causó el derecho, esta partida no estaba incluida en la ley o decreto como tal. Por lo cual no hay lugar a ordenarle a CREMIL liquidar la prestación del demandante con inclusión del incremento solicitado para este emolumento.

Finalmente, se debe precisar que no resulta procedente aplicar al demandante el numeral 13.1.7 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 e inaplicar el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014, por cuanto a la luz del juicio integrado de igualdad, decantado por el Consejo de Estado, el trato diferenciado entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares no vulnera el derecho a la igualdad de aquellos, toda vez que se presentan elementos diferenciadores, entre los que se destacan, las tareas, las responsabilidades, los deberes propios de cada uno de los cargos, el grado que ostenta y las cotizaciones que realizan, por lo que mal podría considerarse que existe un factor arbitrariamente diferenciador, al no tratarse de funcionarios equiparables.

En respaldo de lo anterior, se hace necesario traer a colación lo que en la sentencia de unificación que viene siendo analizada⁸ y que constituye precedente de obligatorio cumplimiento para esta Corporación, se dijo respecto de este tema de la siguiente manera:

“Para dilucidar el asunto, debe darse aplicación al análisis que se efectuó al momento de definir las partidas computables para la asignación de retiro, así como a la sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994179 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005180, al concluir que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada por las siguientes razones:

i). Los sujetos pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. Los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes.

ii) La jerarquía militar es un criterio objetivo para diferenciar a los distintos grupos de miembros de la Fuerza Pública.

iii). Las diferentes categorías se encuentran en situaciones de hecho disímiles, por lo que no puede predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

Las consideraciones de la Corte se aplican en su integridad en el presente análisis, como quiera que, si bien el porcentaje de liquidación de la asignación de

⁸ Ibídem (Rad. 1701-2016).

retiro es diferente para los oficiales y suboficiales y para los soldados profesionales, también lo es que estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos. Ello toda vez que: i) pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y ti) los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes". (Sic)

En este orden de ideas, 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.

A Igual consideración se llega, respecto de la situación entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio. Pues, a voces del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, esta diferencia de trato está constitucionalmente justificada en aplicación del principio de progresividad, el cual admite que la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual.

Así, las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

Al respecto, el Consejo de Estado⁹ concretamente, adujo:

"De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad^{157a} lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado. 202.

Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad." (Sic)

En virtud de lo anterior, es preciso indicar que el principio de favorabilidad que alega actor para reclamar las prosperidad de sus pretensiones, no es aplicable al presente asunto, toda vez que la norma aplicable a los Soldados Profesionales en lo relativo al subsidio familiar en las asignaciones de retiro, es lo suficientemente clara en la determinación del porcentaje aplicable, sin que haya lugar a duda en su interpretación.

Cosa distinta, es que se pretenda obviar la existencia de una norma (Decreto 1162 de 2014), para darle aplicación a otra que regula una situación jurídica diferente como lo es la del personal de oficiales y suboficiales del Ejército Nacional. A lo

⁹ SUJ-015-CE-52-2019.

cual si bien, esta jurisdicción venia accediendo, ello se dio como consecuencia de la ausencia de disposición normatividad que consagrara tal beneficio, pero al existir actualmente en el ordenamiento jurídico dicha prerrogativa, y una posición unificada del Consejo de Estado, a éstas es que se debe acudir para su reconocimiento, tal y como en efecto lo realizó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no a una diferente como lo pretende el actor.

Finalmente, la apoderada de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, en su escrito de apelación, manifiesta inconformidad en cuanto a la condena en costas impuesta por el a quo, razón por la cual se precisa la Sala, que si bien es cierto, el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 365 del Código General del Proceso, disponen sobre la condena en costas tanto en primera instancia como en segunda, también lo es que de conformidad con el criterio asumido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia de fecha 23 de marzo de 2017, radicación No. 20001-23-39-000-2014-00263-01(0501-2016), el sentido de la norma no es imponer la condena en contra de una parte por el simple hecho de resultar vencida, sino que es deber del juez valorar las circunstancias que la justifiquen, es decir, establecer con base en lo probado en el proceso, si ésta realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a imponerla.

En consecuencia, en el presente asunto, si bien en primera instancia la parte demandada resultó vencida, también lo es que en el transcurrir del proceso no se observó en aquella una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la condena en costas, motivo por el cual este aspecto de la providencia de primera instancia también será revocado, y de contera por los mismos motivos, ésta no se impondrá en esta instancia, pues no se observa en las partes, conductas dilatorias en el proceso.

Por las razones plasmadas, se revocará la sentencia de primera instancia, proferida en audiencia inicial el 7 de febrero de 2019, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, que accedió a las pretensiones del demandante, tendientes a obtener que se compute en la asignación de retiro la partida subsidio familiar en el porcentaje devengado en servicio activo. En su lugar se despacharán negativamente las pretensiones de la demanda.

8.6.- CONDENAS EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

Como ya se indicó, en esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

IX.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia apelada, proferida en audiencia inicial el día 7 de febrero de 2019, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que accedió a las súplicas de la demanda presentada por el señor FABIO RAFAEL CHARRIS CASTILLA, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. En su lugar se dispone:

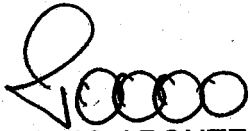
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

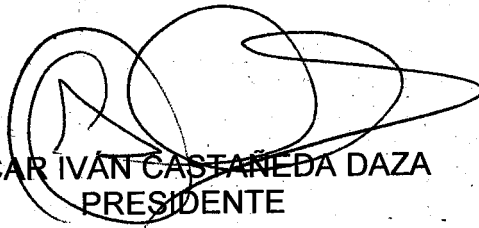
Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 073, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE