

	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	Catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

SENTENCIA No. 112

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JONH JAIRO SILVA MARIN
ACCIONADA	CREMIL
RADICADO	76001-33-33-009-2017-00096-00

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

Actuando por conducto de apoderado judicial, el señor **Jonh Jairo Silva Marín**, promueve el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, en procura de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2016-54343 del 12 de agosto de 2016, expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad accionada.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad accionada, a reliquidar asignación de retiro reconocido a su favor, con la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción que la venía percibiendo en actividad, esto es 62.5%.

Como argumentos de orden fáctico, expuso que el señor **Jonh Jairo Silva Marín**, prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional, por espacio de veinte (20) años, por lo que en virtud del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, durante el servicio activo se le reconoció a su favor la partida de subsidio familiar, la cual era equivalente al 62.5% de la asignación básica.

Posteriormente, al cumplir los requisitos previstos en la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, la entidad accionada a través de la Resolución no. 1328 del 23 de febrero de 2016, procedió a reconocerle una asignación de retiro, a partir del 30 de marzo de 2016, en cuantía del 70% el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado en un 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 de 2014.

Inconforme con la anterior decisión, el actor presentó derecho de petición ante la entidad accionada, solicitando el incremento del porcentaje de la partida de subsidio familiar que se viene computando en un 18.75% al 62.5%, petición que fue resuelta en forma desfavorable a través del acto administrativo acusado.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

A partir de lo anterior, el apoderado judicial de la parte actora argumentó en síntesis, que el acto administrativo acusado vulneró los derechos constitucionales y los principios de un Estado Constitucional de Derecho, como quiera que la inclusión de la partida de subsidio familiar sólo se tiene en cuenta en las asignaciones de retiro que le son reconocidas a los oficiales, suboficiales, agentes de la Policía Nacional y personal civil que labora en el Ministerio de Defensa, excluyendo de tal manera a los Soldados Profesionales, quienes en servicio activo si percibieron dicha partida, situación que evidentemente afecta el derecho a la igualdad.

Así mismo, expuso que la decisión adoptada por la entidad accionada, está causando un detrimento y una discriminación a aquellos soldados profesionales que venían devengando en actividad el subsidio familiar de conformidad con lo consagrado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, esto es un 62.5% como resultado del 4% de la asignación básica más la prima de antigüedad que es el 58.5%, amén de que a partir del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, mediante el cual se consagró el subsidio familiar como partida computable al liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, únicamente se les reconoció un porcentaje del 30% del valor que venía siendo reconocido en actividad, esto es el 18.75%.

1.2-Fundamentos de derecho de las pretensiones:

A partir de los hechos puestos de presente y con el fin de sacar adelante sus pretensiones, la parte demandante manifestó que con el actuar de la administración se desconoció lo previsto en los artículos 1º, 4º, 13, 53, 42 de la Constitución Nacional, así como lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 923 de 2004 y el artículo 5º del Decreto 4433 de 2004.

1.3 Alegatos de conclusión:

En el término concedido para tal efecto, la apoderada judicial de la parte demandante reafirmó los argumentos esgrimidos en el libelo inicial.

2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1. Contestación de la demanda:

La entidad accionada, **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, a través de apoderada judicial, contestó oportunamente la demanda¹, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y al respecto argumentó que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y teniendo en cuenta lo anotado en la hoja de servicios del actor, tal como se indica en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Así mismo, expuso que en el caso concreto no se vulneró el derecho a la igualdad, toda vez que fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del

¹ Folios 71 a 74 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004, norma que actualmente se encuentra vigente y la cual no ha sido objeto de demanda de legalidad que afecte su vigencia.

Finalmente, propuso como expresiones las denominadas: *"legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del porcentaje de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no configuración de la causal de nulidad y ausencia del vulneración del derecho a la igualdad"*.

2.2. Alegatos de conclusión:

Dentro del término otorgado para ello, la representante judicial de la entidad accionada reiteró los argumentos esgrimidos al momento de contestar la demanda.

2.3. Ministerio Público:

Se deja constancia que en audiencia de alegaciones y juzgamiento celebrada el día 13 de agosto de 2018, la representante del Ministerio Público, manifestó que no emitía concepto alguno dentro del proceso de la referencia.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. Problema jurídico planteado:

El problema jurídico se circunscribe a determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2016-54343 del 12 de agosto de 2016 y; en consecuencia se debe establecer si el señor **Jonh Jairo Silva Marín**, tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro reconocida mediante la Resolución No. 1328 del 23 de febrero de 2016, teniendo en cuenta para ello la partida de subsidio familiar en la misma proporción en que la venía percibiendo en actividad, esto es, en el 62.5%.

3.2. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso:

3.2.1.- Naturaleza Jurídica del Subsidio Familiar:

Ab-initio es menester señalar, que el subsidio familiar fue adoptado en la legislación Colombiana a través de la Ley 90 de 1946 y los Decretos Legislativos 118 y 249 de 1957, como una prestación por medio del cual se buscaba el fortalecimiento de la familia.

Posteriormente, el Congreso entró a regularlo con la expedición de la Ley 58 de 1963 y la Ley 56 de 1973, ampliando su cobertura a los trabajadores públicos y a todos los de las empresas o patronos titulares de un patrimonio neto igual o superior a los cincuenta mil pesos, estableciendo igualmente sus incrementos en los niveles de remuneración, el perfeccionamiento en los sistemas de recaudo, entre otras situaciones necesarias para el desarrollo de dicha prestación.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

Pese a lo anterior y en atención a que la gran mayoría de la población laboral activa quedaba marginada de dicho subsidio, fue expedida la Ley 21 de 1982, en la que se determinó que éste sería reconocido como una prestación social pagada en dinero en favor de todos los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo; estableciendo en todo caso, que el objetivo fundamental de su reconocimiento es el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

Merced a lo expuesto, es claro que de antaño, el subsidio familiar ha sido concebido como un beneficio en favor de los sectores más débiles de la población, el cual se ha instituido como un sistema de compensación entre los salarios más bajos y los altos, que busca la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar; amén de que, el mismo resulta ser un mecanismo de redistribución del ingreso, en la medida en que su reconocimiento al trabajador se realiza en razón a su carga familiar y a unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en debida forma las obligaciones más apremiantes dentro del hogar, tales como: la alimentación, el vestuarios, la educación y el alojamiento².

Finalmente, es importante destacar que la Honorable Corte Constitucional ha indicado que el subsidio familiar tiene como características principales las siguientes³:

i).- Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario.

ii).- Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente.

(iii) Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley.

(iv) Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia y puede ser considerado una concretización del mandato contenido en el artículo 42 constitucional, a cuyo tenor "el Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia".

(v) Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno, pues es un instrumento para alcanzar la universalidad de la seguridad social, de conformidad con lo señalado en el artículo 48 constitucional.

(vi) Se provee a partir de los recursos aportados por los empleadores a las cajas de compensación familiar.

² Sentencia C -149 de 1994 y C-508 de 1997.

³ Sentencia C-629 de 2011.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

(vii) Es recaudado, distribuido y pagado por las cajas de compensación familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar.

Corolario a lo indicado, dicha Colegiatura ha reconocido el subsidio familiar como una contribución a la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad, de modo que resulta ser una forma de ejecución del mandato consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política, según el cual el "*Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia*", por lo que a partir de dicho precepto constitucional, el legislador debe establecer este beneficio en aras de favorecer a los sectores más pobres de la población o para los trabajadores que devenguen salarios bajos⁴.

3.2.2.- Del reconocimiento del subsidio familiar en favor de los Soldados Profesionales y su inclusión en la asignación de retiro:

El Constituyente de 1991 radicó en cabeza del Presidente de la República la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, a través de la expedición de decretos reglamentarios y con sujeción a las normas generales y al señalamiento de los objetivos y criterios que para ello determine el Congreso mediante la expedición de una ley marco, tal como se desprende de las disposiciones contenidas en el numeral 14 del artículo 189 y en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 superiores.

En cumplimiento al mandato anterior y atendiendo las normas generales consagradas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió 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, el cual dispuso en su artículo 11 el derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, así:

"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."

El artículo anterior había sido derogado por el Decreto 3770 de 2009, sin embargo, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa resolvió declarar, con efectos ex tunc, su nulidad total, al considerar que la disposición adoptada mediante dicha normatividad resultaba ser regresiva y carente de legalidad, como quiera que trasgredía los derechos a la protección y seguridad social, al trabajo, a la seguridad jurídica y bienestar en general de los soldados profesionales.

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-942/2014.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

Ahora bien, en lo que corresponde a la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, la Ley 923 de 2004⁵, en su artículo 2º estableció que el Gobierno Nacional, al momento de fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debía observar los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, así como el respeto de los derechos adquiridos, entre otros criterios.

En desarrollo de dicha Ley y, con relación a las partidas que se deben tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro del personal militar, fue expedido el Decreto 4433 de 2004, el cual estableció en su artículo 13 el subsidio familiar como partida computable para los grados de Oficial y Suboficial, excluyendo dicho beneficio en favor de los soldados profesionales, en los siguientes términos:

“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.

***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” (Negrillas del Despacho).**

Posteriormente, y teniendo en cuenta que el legislador no incluyó la partida de subsidio familiar en el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el legislador en el año 2014, procedió a expedir el Decreto 1162 de 2014, por medio del cual dictó disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de

⁵ “Por medio de la cual se dictan los criterios generales que deberá tener en cuenta el Gobierno Nacional para la expedición de los decretos reglamentarios sobre el régimen pensional y la Asignación de Retiro de los miembros de las fuerzas militares”.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

invalidez de los Soldados Profesionales e Infantes de la Marina Profesionales de las Fuerzas Militares y, en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

"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 sustituya".*

Como se puede observar, de la lectura de las normas antes referidas se evidencia que antes de la expedición del Decreto 1162 de 2014, el subsidio familiar fue contemplado por el legislador, únicamente para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, más no en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, por lo que puede inferirse que a partir de la entrada en vigencia de dicha normatividad, la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe incluir el subsidio familiar como partida computable, pero en otros términos, esto es, en un porcentaje equivalente al 30% del valor percibido en actividad.

No obstante lo anterior, el Despacho considera que si bien el legislador reguló la inclusión de la partida del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, a través del Decreto 1162 de 2014, lo cierto es que el porcentaje en que fue reconocida esta partida es discriminatorio y desigual, pues resulta ser inferior al porcentaje previsto para la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, ya que a estos últimos la partida de subsidio familiar se liquida en el porcentaje que se encuentra reconocido a la fecha de retiro, pero a los Soldados Profesionales, sólo se les reconoce en un 30% de la asignación de retiro.

Lo anterior, da lugar a que en casos como el aquí estudiado, en donde se evidencia una flagrante vulneración del derecho a la igualdad, se pueda acudir a los postulados del principio a la igualdad que ha venido planteando la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, con relación a la liquidación de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de los Soldados profesionales, por lo que el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, resultaría inaplicable por ser violatorio del principio de igualdad, ya que dicha normatividad disminuyó el porcentaje de la liquidación de la partida a un 30% de lo percibido en actividad, amén de que, no puede dejarse de lado que los Soldados Profesionales pertenecen a los niveles más inferiores en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares.

Por otro lado, se debe resaltar por esta Juzgadora, que el artículo 5º del Decreto 4433 del 2004 dispuso que: **"Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto"**; situación que permite establecer sin manto de duda que, si no hay lugar a modificar el monto de la partida por circunstancias sobrevinientes luego del

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

retiro del servicio activo, menos aún se puede afectar la misma al momento de incluirse como partida computable para liquidar las prestaciones de que trata dicha norma.

De igual manera, se tiene que el artículo 5º de la Ley 923 del 2004 dispone que: *"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"*.

Tomando como marco de reflexión lo expuesto, es claro que una disposición que contraría los principios descritos en el artículo 2º de la normatividad en cita (eficiencia, universalidad, **igualdad**, **equidad**, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad), no resulta aplicable.

3.2.3.- De la aplicación del derecho a la igualdad:

En cuanto a dicha garantía, es del caso precisar que el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 establece que:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, 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.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado⁶ que en voces de la Corte Constitucional, *"es posible afirmar que formalmente todas las personas son iguales ante la ley pero para que esta igualdad sea también material, las autoridades pueden utilizar medidas de acción positivas que beneficien a las personas que se encuentren en especiales condiciones de vulnerabilidad y de esta manera, lograr que lleguen al mismo punto de partida del resto de la sociedad.*

En igual sentido ha señalado que: *"es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad, si los mismos persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios. Para verificar esto, la Corte suele utilizar un test de proporcionalidad, en el que se estudian algunos temas específicos, tales como **la idoneidad de la medida, la validez del objetivo perseguido y la posible afectación a otros derechos fundamentales, de manera que al final puede tenerse certeza sobre la afectación o no del principio de igualdad. (...)"** (Negrillas del Despacho).*

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, es menester indicar que el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, establece un trato diferenciado y sin justificación alguna, al incluir el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, en un porcentaje o en una suma inferior a la reconocida a favor de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, por lo

⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda - Subsección "B". C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). Exp. AC-11001-03-15-000-201301821-00. Actor: José Narcés López Bermúdez. Accionado: Tribunal Administrativo del Tolima. Acción de Tutela.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

que no puede dejarse de lado que la finalidad de esta partida es ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, por lo que resulta desproporcionada esta diferencia entre ambos niveles jerárquicos, más aun cuando se tiene que el cargo de Soldado Profesional es el de menor rango dentro de la Institución.

Así las cosas y de acuerdo con lo expuesto en precedencia, se logra concluir que si bien el legislador a través de artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, previó la inclusión del subsidio familiar a favor de los Soldados Profesionales en un porcentaje inferior al concedido a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, lo cierto es que en aplicación del principio de igualdad, resulta procedente reconocer dicho emolumento a favor de los Soldado Profesionales, en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente es del caso señalar, que en las oportunidades en que se ha dispuesto por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la inclusión del subsidio familiar como partida computable en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, éstas se han ordenado en la misma proporción en que fue percibida a la fecha de retiro del servicio, por lo que no es concebible que con la expedición del Decreto 1162 del 2014, se desmejoren las condiciones laborales de los miembros de la fuerza pública menos favorecidos, amén de que, como bien se indicó previamente, se evidencia una afectación al derecho a la igualdad, así como a la naturaleza jurídica propia de dicha prestación, la cual valga la pena recordar, busca el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad, en especial la de aquellas personas que devengan menores ingresos.

3.3. Análisis del caso en concreto:

De acuerdo a las pruebas que obran en el plenario, se tiene acreditado que mediante la Resolución No. 1328 del 23 de febrero de 2016⁷, la entidad accionada ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del señor **Jonh Jairo Silva Marín**, efectiva a partir del 30 de marzo de 2016, en cuantía del 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014.

Posteriormente, se observa que la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, a través del Oficio No. 2016-54343 de 12 de agosto de 2016⁸, negó el reajuste de la asignación de retiro del actor, argumentando para ello que la liquidación de la partida de subsidio familiar y en general su prestación fue liquidada conforme lo prevé el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Ahora bien, según la certificación de partidas computables fechada el 29 de julio de 2016⁹, expedida por el responsable del Área de Atención al Usuario de la Caja

⁷ Folios 8 a 9 del expediente.

⁸ Folios 5 a 6 del expediente.

⁹ Folio 10 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

de Retiro de las Fuerzas militares, se observa que al momento de liquidarse la asignación de retiro del demandante se incluyeron las siguientes partidas:

Partida	%	valor
Sueldo		\$ 965.237
% de liquidación	70%	\$ 675.666
Prima de Antigüedad	38.5%	\$ 260.131
Subsidio familiar	$(SB*4\%) + (SB*58.5\%) * 30\%$	\$ 180.982
Total asignación de retiro		\$ 1.116.779

De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 3-18613715 del 06 de enero de 2016, obrante a folio 7 del expediente, se tiene que el demandante devengó como haberes en la última nómina las siguientes partidas: i) sueldo básico, ii) subsidio familiar, iii) prima de antigüedad, iv) seguro de vida subsidiado y, v) bonificación orden publico soldado PF.

Ahora bien, una vez revisada la prueba documental antes referenciada, se tiene que el señor **Jonh Jairo Silva Marín**, percibió la partida de subsidio familiar en un porcentaje equivalente al 62.5% del sueldo básico (4% más 58.50% de la prima de antigüedad), razón por la cual se considera que teniendo en cuenta lo dispuesto por el Consejo de Estado en la jurisprudencia citada con anterioridad, en aplicación del principio de igualdad, se debe incluir dicha partida en la asignación de retiro del demandante en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, esto es en un 62.5% y no en un 30%, tal como lo prevé el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, pues se debe dar el mismo tratamiento a los Soldados Profesionales que a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en lo referente a la liquidación de su asignación de retiro.

Por tanto, el Despacho considera que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 13 de la Constitución Política, que señala que "*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*", y lo consagrado en el artículo 53 ibídem, que dispone que, en materia laboral, el Congreso de la República debe legislar con observancia de los principios mínimos fundamentales, como el de igualdad de oportunidades para los trabajadores.

Así las cosas, en el presente asunto se procederá a inaplicar por inconstitucional el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014 y en consecuencia se declarará la nulidad del Oficio No. 2016-54343 del 12 de agosto de 2016, ordenando a la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL**, reajustar la asignación de retiro del señor **Jonh Jairo Silva Marín**, teniendo en cuenta para ello la partida de subsidio familiar, en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de su retiro, esto es en el porcentaje de 62.5%, previa deducción de los descuentos que por aportes de Ley dejaron de efectuarse.

De la liquidación efectuada, la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho. La suma de dinero que resulte de la condena anterior, es decir las diferencias, se ajustarán de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor tal como lo manifiesta el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

En consecuencia, se tienen como denegadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y que denominó: *"legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del porcentaje de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no configuración de la causal de nulidad y ausencia del vulneración del derecho a la igualdad"*.

3.4. La prescripción de mesadas:

Respecto al fenómeno jurídico de la prescripción, es mester indicar que en el presente asunto no se configuró dicha figura jurídica, como quiera que entre la fecha en que se reconoció la asignación de retiro a favor del demandante, esto es el 23 de febrero de 2016 y, la fecha en que presentó la petición de reajuste, a saber el 22 de julio de 2016, no habían transcurrido más de los tres (3) años, de que trata el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

3.5. De las costas y agencias en derecho:

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagra un criterio objetivo respecto de la condena en costas, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Por otro lado se tiene, que la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en providencia fechada el 09 de agosto de 2016¹⁰, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017¹¹, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, *"...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas**".* (Negrilla y subrayado del Despacho).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yo lima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que, si bien se causaron unos gastos procesales, lo cierto es que no se encontró una actuación que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual, el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas: *"legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del porcentaje de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no configuración de la causal de nulidad y ausencia del vulneración del derecho a la igualdad"*, propuestas por la apoderada judicial de la entidad accionada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, conforma a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la NULIDAD del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2016-54343 del 12 de agosto de 2016, expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento, se ordena a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**, reliquidar la asignación de retiro del señor **JONH JAIRO SILVA MARÍN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 18.613.715, teniendo en cuenta para ello la partida de subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de su retiro, esto es en el porcentaje del 62.5%, previa deducción de los descuentos que por aportes de Ley dejaron de efectuarse, de conformidad con lo previsto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: De la liquidación realizada, la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho. Las sumas que resulte de la condena anterior se indexarán de conformidad con el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. hasta la ejecutoria de la sentencia, en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, siguiendo las indicaciones del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: ORDENAR dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011

SEPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00096-00

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY RÓCIO VELANDIA BERMEO
JUEZ