

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: Dr. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 08 OCT 2018

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	YUBER GAONA AMADO
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RADICADO:	150013333008 201700037 01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada contra el fallo proferido el 16 de noviembre de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se inaplicó de oficio el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por **YUBER GAONA AMADO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA: por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **YUBER GAONA AMADO** solicitó ante ésta Jurisdicción que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2016-55846 del 19 de agosto de 2016, a través del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le negó el reajuste de su asignación de retiro, en cuanto al porcentaje de la partida del subsidio familiar.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a reajustar su asignación de retiro con la inclusión de la partida

correspondiente al Subsidio Familiar en la misma proporción que la venía percibiendo en actividad, esto es, del 18.75% al 62,5%, junto con la correspondiente indexación, y el reconocimiento de intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, se afirmó que el demandante prestó sus servicios por espacio de 20 años, en el Ejército Nacional como Soldado Profesional, y dando aplicación a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 le fue reconocida una partida por concepto de subsidio familiar, que al momento del retiro correspondía al 62.5% de la asignación básica. La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro al demandante mediante la Resolución No. 650 del 9 de febrero de 2016, en la que se incluyó un porcentaje del 18.75% de la asignación de retiro, por concepto de subsidio familiar, cuando en la asignación básica se reconocía el 62.5% por este concepto.

Con radicado No. 20160067075 del 5 de agosto de 2016, el demandante elevó petición ante CREMIL solicitando el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar que viene computando desde la asignación de retiro, del 18.75% al 62.5%. Y mediante acto administrativo No. 2016-55843 del 19 de agosto de 2016 CREMIL dio repuesta negando el incremento de la partida del subsidio familiar (fl. 3-4).

2.2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA: Se trata de la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, la Juez A quo manifestó que al establecer el legislador en los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, la inclusión del subsidio familiar en la Asignación de Retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y excluir tal partida respecto de los soldados profesionales, genera un trato discriminatorio injustificado y por ende violatorio del principio de igualdad, por lo que consideró que se debía inaplicar por vía de excepción de inconstitucionalidad dichas normas, y en consecuencia, declaró la nulidad del Acto Administrativo acusado y ordenó a la entidad demandada reajustar la Asignación de Retiro del actor teniendo en cuenta la partida de Subsidio Familiar que percibía al momento de su retiro definitivo del servicio (fl. 95-104).

2.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la entidad demandada la impugnó oportunamente señalando que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece cuales son las partidas que deben ser liquidadas para efectos del reconocimiento de la

asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que en la misma se encuentre relacionada expresamente el subsidio familiar, razón por la que no es posible incluir tal partida en la asignación de retiro como lo pretende el actor.

Agregó que es constitucionalmente viable que entre personas en condiciones diferentes, se den situaciones jurídicas también diferentes, por lo que afirmó que al tener los oficiales y suboficiales unos requisitos especiales para su vinculación, así como un alto grado de responsabilidad, tienen derecho a una remuneración mayor que los soldados profesionales, diferencia que persiste al momento de determinar las asignaciones de retiro. Adicionalmente, indicó que como quiera que la supuesta discriminación no emana de CREMIL sino del Decreto 4433 de 2004, la responsabilidad del daño que con esta codificación se genere, debió ser reclamada a quien la causó, es decir, a la presidencia de la República.

De otra parte, en lo que respecta a la condena en costas, adujo que si se decide imponer condena en costas en contra de la entidad demandada, solicita se tenga en cuenta la excepción de prescripción propuesta, ya que de prosperar la misma habría una prosperidad parcial de la demanda y el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P., establece que en tal caso el Juez puede abstenerse de imponer condena en costas (fl. 117-125).

2.4.- TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION. La Agencia del Ministerio Público emitió concepto en el sentido de indicar que la parte actora tiene derecho a la inclusión de la partida subsidio familiar en su asignación de retiro, y halla la razón del juez a – quo, en cuanto a la inaplicación del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, como quiera que en efecto hay un trato diferenciado e injustificado, por omisión legislativa, por lo que solicitó que además de confirmar la sentencia de primera instancia, se adicionara la parte resolutive, en el sentido de inaplicar por inconstitucionalidad el Decreto 1162 de 2014. (fl. 144-147).

Las partes guardaron silencio (fl. 148).

III. CONSIDERACIONES

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO

La sala abordará el estudio de dos problemas jurídicos que son la respuesta a los siguientes interrogantes:

1. ¿Se vulnera el principio constitucional de igualdad y el derecho a la familia, consagrados en los artículos 13 y 42 de la Constitución Política, por el hecho de que el Ejecutivo a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, haya excluido el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales?
2. ¿Le asiste o no derecho al demandante, en su calidad de Soldado Profesional retirado, a que se le incluya en la asignación de retiro el subsidio familiar que devengaba en servicio activo?
3. ¿Constitucionalmente es viable que el subsidio familiar solamente sea reconocido y pagado para un grupo especial de familias pertenecientes a las Fuerzas Militares de Colombia?

Con el fin de absolver este cuestionamiento, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: **I)** La naturaleza jurídica del subsidio familiar; **II)** La normatividad aplicable con relación a la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, especialmente en lo que respecta a los soldados profesionales, y establecer **III)** si la aplicación de dicha normatividad, vulnera o no el derecho a la igualdad y a la familia de los soldados profesionales, y, **(iv)** caso concreto.

3.2.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.2.1. Naturaleza jurídica del subsidio familiar

Esta prestación social fue definida por el artículo 1º de la ley 21 de 1982, en los siguientes términos:

“El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.”

Por su parte, la Corte constitucional en sentencia de 23 de marzo de 1994 definió el subsidio familiar como una prestación social que busca aliviar a los

trabajadores de medianos y menores ingresos, las cargas económicas generadas por el sostenimiento de sus familias¹.

Posteriormente en el año de 1997², la Corte definió a esta prestación como aquella que 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." (Subrayado es de la Sala).

En el año de 2001³, la Corte Constitucional a partir del análisis de la legislación Nacional, señaló algunas de las características de este subsidio, tal y como se indican a continuación:

- *"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. (...)*
- *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.*
- *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 (art. 6º de la Ley 71 de 1988).*
- *Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia. La razón de ser de este beneficio es la familia como núcleo básico donde el hombre se realiza como persona y donde se genera la fuerza de trabajo. En este sentido, es válido afirmar que el subsidio familiar es la materialización del mandato consagrado en el canon 42 de la Carta según el cual "El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia".*
- *Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno. En este orden, es un instrumento por*

¹ Sentencia de la Corte Constitucional del 23 de marzo de 1994, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, C- 149 de 1994.

² Sentencia de la Corte Constitucional del 9 de octubre de 1997, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, C- 508 de 1997.

³ Sentencia de la Corte Constitucional del 8 de noviembre de 2001, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

medio del cual se puede alcanzar la universalidad de la seguridad social, en consonancia con el postulado contemplado en el artículo 48 de la Carta Política.

- *Su reconocimiento está a cargo de los empleadores mencionados en artículo 7° de la Ley 21 de 1982 y de conformidad con la suma señalada en el artículo 8° del mismo ordenamiento legal.*
- *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 (art. 41 de la Ley 21 de 1982).*

De lo expuesto se puede colegir que el subsidio familiar constituye una prestación social que busca ayudar a los trabajadores de medianos y menores ingresos con las cargas económicas derivadas del sostenimiento de sus familias, pues de esta forma se garantiza que las familias de los trabajadores de menores ingresos puedan suplir a cabalidad cada una de sus necesidades y puedan vivir dignamente, ello en cumplimiento de la obligación constitucional de conceder especial protección a la familia como núcleo esencial de la sociedad.

En cuanto al marco normativo, encontramos que el Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, en cuyo artículo 11 reconoció el derecho a devengar el subsidio familiar a los soldados profesionales, como miembros de la fuerza pública, en los siguientes términos:

"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."
(Resaltado fuera del texto)

El anterior artículo fue derogado por el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, el cual señala que los soldados e infantes de marina profesionales de las fuerzas militares que se encuentren devengando, a la entrada en vigencia del presente decreto, el subsidio familiar, continuarán devengándolo hasta el momento de su retiro, es decir, en ese orden de ideas se extinguió el derecho de los soldados profesionales a percibir esta prestación social con excepción de aquellos cuyo caso se encuentre en el evento ya planteado.

Por su parte, la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares se encuentra en primer término regulado por la ley 923 de 2004, 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, es así como en su artículo segundo, señala la obligación del Gobierno de tener en cuenta los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad.

Esta ley fue desarrollada por el Decreto 4433 de 2004 que en su artículo 13, señala:

*"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:

(...)

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha 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.** (Negrilla y resaltado de la Sala).

Como se puede evidenciar, la norma consagra a favor de los oficiales y suboficiales la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, "en el porcentaje reconocido a la fecha de retiro", excluyendo expresamente de dicho beneficio a los soldados profesionales.

Sin embargo, posteriormente el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014 en su artículo 1º dispuso que a partir de julio de 2014, los soldados 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, pero en 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 liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004.

De análisis de las referidas normas se puede abstraer que antes de la expedición del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, el subsidio familiar no estaba consagrado como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, pero a la entrada en vigencia dicha codificación (24 de junio de 2014), si resulta procedente su inclusión pero no en los mismos términos establecidos para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, esto es, *"en el porcentaje reconocido a la fecha de retiro decir"*, **sino en el treinta por ciento (30%) del valor percibido en actividad**, circunstancia que debe ser estudiada por la Sala a fin de establecer, si como lo asegura el demandante, se torna discriminatorio y desigual.

3.2.1.1. Análisis sobre presunta violación al derecho a la igualdad de los soldados profesionales.

Han sido numerosos los pronunciamientos de la Corte constitucional en los cuales se indican los parámetros a tener en cuenta para establecer si con determinado proceder de la administración se está violentando el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Carta Constitucional.

Al efecto, en sentencia del 4 de octubre de 1995⁴, la Corte constitucional adujo:

"La consagración de una regulación diferenciada de un asunto por una ley no implica una violación del principio de igualdad, cuando esa diversidad de trato tiene un fundamento objetivo y razonable de acuerdo a la finalidad perseguida por la norma. A partir de ello, la Corte ha señalado los elementos que permiten determinar si existe ese fundamento objetivo y razonable, tales como, la existencia de supuestos de hecho diversos; que la finalidad de la norma sea legítima desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad y eficacia interna; y, finalmente, que el trato diferente sea proporcionado con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. (El subrayado es nuestro).

⁴ Sentencia de la Corte constitucional del 4 de octubre de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. C – 445/1995.

(...) El control constitucional del respeto a la igualdad por una ley consiste, en última instancia, en determinar si la autoridad podía o no establecer un trato diferenciado como medio para alcanzar un determinado fin.

En el mismo sentido, en sentencia del 31 de enero de 2001⁵, la Corte Constitucional mencionó:

"En forma reiterada, la Corte ha precisado que el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad."

En pronunciamiento posterior efectuado el 22 de octubre de 2002, el Tribunal Supremo Constitucional, al resolver si el tratamiento diferencial otorgado por la norma a los oficiales y suboficiales era susceptible de ser sometido a Juicio Constitucional de igualdad, resolvió como procedente evaluar las distinciones entre estos dos grupos a fin de determinar si existía o no violación al derecho a la igualdad, pues si bien estos dos grupos no son idénticos, si se encuentran en la misma situación de hecho.

En esta misma sentencia, se precisó lo siguiente:

*"Para efectuar este juicio de constitucionalidad relativo al respeto al principio de igualdad la jurisprudencia constitucional, desde sus inicios, ha empleado como metodología de análisis el test de igualdad, el cual tiene una estructura determinada y dentro de cada etapa del test se aplican parámetros definidos, que varían según sea la intensidad del juicio. **De hecho, esta Corporación ha considerado que esta es la metodología adecuada para analizar la constitucionalidad de las medidas contempladas en los regímenes especiales, cuando el punto de comparación es entre personas cobijadas por el mismo régimen (test de igualdad al interior del régimen especial (...))**" (Subrayado es de la Sala).*

De las sentencias ya referidas se concluye que, si 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.

⁵ Sentencia de la corte Constitucional del 31 de enero de 2001, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. C – 093 de 2001.

Aunado a lo anterior, la Sala encuentra cómo la ley 923 de 2004, impone en su artículo 2º⁶, la obligación al Gobierno Nacional de dar aplicación a los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad, equidad**, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, en cada uno de los decretos expedidos en desarrollo de dicha ley, so pena de dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 5º ídem, esto es, que dicha reglamentación carezca de efectos jurídicos y de la imposibilidad de crear derechos adquiridos.

En ese orden de ideas, se colige que el Gobierno Nacional, por medio del Decreto 4433 de 2004, regulatorio del Régimen de asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, solo podía establecer un trato diferencial, siempre y cuando no se violentara o vulnerara el derecho a la igualdad, esto es, siempre y cuando dicha distinción estuviese respaldada por un fundamento racional y objetivo.

Sin embargo, en lo que respecta específicamente al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, considera la Sala que existe un trato diferencial y discriminatorio entre los soldados profesionales, y los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, al permitirse la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los primeros en un porcentaje inferior al establecido para los segundos, pues mientras que para los oficiales y suboficiales es posible incluir el subsidio familiar *“en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro”*, para los soldados profesionales se debe incluir tan sólo el 30% de dicho subsidio devengado en actividad.

Al efecto, encuentra la Sala una flagrante violación al derecho a la igualdad, toda vez que al analizar la norma y el espíritu de esta prestación, no se encontró un fundamento racional y objetivo que permita colocar en un plano de mayor

⁶LEY 923 DE 2004, Artículo 2º. *Objetivos y criterios.* Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

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

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. No podrá discriminarse 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.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal.

protección a las familias de los oficiales y suboficiales frente a las familias de los soldados profesionales, ello teniendo en cuenta, que como ya se estudió, la esencia del subsidio familiar consiste en aliviar a los trabajadores de medianos y menores ingresos 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.

Dicho lo anterior, no resulta admisible para la Sala aceptar el trato discriminatorio dado por el decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 de 2014 a los soldados profesionales, pues son precisamente estos los que devengan salarios más bajos dentro de las fuerzas militares, circunstancia que de plano permite deducir que, son las familias de estos funcionarios y no las familias de oficiales y suboficiales las que se encuentran en un grado mayor de vulnerabilidad, y por lo tanto en una necesidad de mayor de protección, pues lo contrario implica desconocer la institución de la familia, los derechos de los niños y la condición económica del soldado, lo que configura una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad y universalidad y consecuente desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar⁷.

La mencionada violación al derecho a la igualdad ocasionada por la aplicación de la norma en comento, ya había sido advertida por el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de octubre de 2013, en la que adujo:

"En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los oficiales y suboficiales, empero, no la incluyo para los soldados profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable, para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los oficiales y suboficiales que se encuentran en un rango salarial más alto que los soldados profesionales.

Así pues, a la luz de la carta política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el decreto 4433 de 2004, haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – Oficiales y Suboficiales- dejando por fuera a los que devengan un

⁷En similar sentido se pronunció éste Tribunal en Sentencia del 28 de abril de 2014. Exp. No. 150013333012 – 2012 -00133-01. Magistrado Ponente. Fabio Iván Afanador García.

salario inferior, y en consecuencia, a quien más lo necesitan, los soldados profesionales.

En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub – lite, resulta inaplicable por ser violatoria del principio a la igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los soldados profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de las fuerzas militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.⁸”

De lo antes expuesto concluye la Sala que, al establecer el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014 un porcentaje diferente para incluir el subidito familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales con respecto de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, tal circunstancia se torna violatoria no solo del derecho a la igualdad y de la especial protección que merece la familia, sino además de los postulados del estado Social de Derecho. En consecuencia, en aras de preservar la coherencia del ordenamiento jurídico respecto de los principios constitucionales, se debe dar aplicación al artículo 148 del CPACA, el cual establece la facultad judicial de inaplicar una norma (Art. 13 del Decreto 4433 de 2004 y Art. 1 del Decreto 1162 de 2014) cuando esta contraviene la constitución Política, pero sólo para el caso concreto y con efectos inter partes.

4. CASO CONCRETO

Se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 650 del 9 de febrero de 2016, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le reconoció al señor YUBER GAONA AMADO una asignación de retiro a partir del 30 de marzo de 2016, en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad, y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fls. 28 y 29), subsidio que según certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, era percibido en actividad en un 58.5% (fl. 30).

Igualmente, según se evidencia en la escritura pública No. 2952 del 5 de agosto de 2008 visible a folio 80 y 81 del plenario, el demandante YUBER GAONA AMADO convivía en unión libre con la señora NELLY JOHANA CRUZ ROA, desde el 10 de enero de 2004, y de esa unión tienen dos (2) hijos, menores de edad llamados ERICK RODRIGO GAONA CRUZ y YUBER ESTIVEN GAONA CRUZ (fl. 73

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección B. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Exp. No. AC 11001-03-15-000-2013-01821-00. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

vto., 74), y, fruto de otra unión, el aquí demandante es padre de SNEIDER GAONA TAVERA, SHARITH GAONA TAVERA (fls. 74 vto. y 76).

En estas condiciones, y teniendo en cuenta lo expuesto en líneas precedentes, concluye la Sala que la entidad demandada deberá reliquidar la Asignación de Retiro del Soldado Profesional ® YUBER GAONA AMADO, incluyendo como partida computable de la asignación de retiro, el subsidio familiar en el mismo porcentaje percibido en actividad, esto es, del 58.5%.

Ahora bien, en cuanto al reparo planteado por el apelante respecto de la condena en costas, encuentra la Sala que en el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, claramente se establece que *Sin condena en costas*, y por tanto no entiende la razón por la cual el apelante manifestó tal inconformidad en su recurso de apelación, razón por la cual al respecto no hay lugar a pronunciamiento alguno.

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmado.

5. CONDENAS EN COSTAS

Teniendo en cuenta que la parte actora NO ejerció actuaciones procesales en segunda instancia, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados:


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS


FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

CONSEJO ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
DECLARACIÓN POR ESTADO
Anterior se notifica por estado
173 de hoy 10 OCT 2018
SECRETARIO 