

SEÑORES
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BUGA (REPARTO)
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

DEMANDANTE: JHON JAIRO CASTILLO CEBALLOS

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)

ASUNTO: PARTIDA DEL SUBSIDIO FAMILIAR

I. DEMANDA

JAIME ARIAS LIZCANO, mayor de edad, vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en nombre y representación del señor Soldado Profesional (r) **JHON JAIRO CASTILLO CEBALLOS** igualmente mayor de edad y domiciliado en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.501.044 de Buenaventura, conforme al poder que me ha sido conferido y en ejercicio del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de conformidad con el Artículo 138 C.P.A.C.A, ante su despacho presento esta demanda contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**, representada legalmente por su director, señor Mayor General EDGAR CEBALLOS MENDOZA, mayor de edad y domiciliado en ciudad de Bogotá, o quien haga sus veces, para que por los trámites del proceso ordinario, se profiera sentencia sobre las siguientes pretensiones:

II. PRETENSIONES

- 1) Que se declare la Nulidad del Acto Administrativo 2015-23910 del **20 de Abril de 2015**, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la partida de Subsidio Familiar a que legalmente tiene derecho mi poderdante.
- 2) Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reajustar la asignación de retiro de mi poderdante con la inclusión de la partida de Subsidio Familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, esto es 62,5%, a partir del 17 de Octubre de 2012.
- 3) Ordenar 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.
- 4) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de pagar desde el mismo instante en el que se generó el derecho de la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 Y 195 CPACA (Sentencia C- 188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

- 5) Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.
- 6) Ordenar a la entidad Demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

III. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

1. El Soldado Profesional **JHON JAIRO CASTILLO CEBALLOS**, prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional por espacio de 20 años.
2. Durante el tiempo que mi poderdante, estuvo en servicio activo como Soldado profesional en el Ejército, en razón a su matrimonio le fue reconocida y pagada una partida de Subsidio familiar que al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.
3. La partida del 62,5% reconocida como Subsidio familiar que percibió en servicio activo le fue reconocida, liquidada y pagada en la liquidación del auxilio de cesantías.
4. Previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley 923 de 2004 y del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro a mi poderdante, mediante Resolución No. 6470 del 17 de Octubre de 2012,
5. En la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no le está computando la partida de subsidio familiar, prestación que tenía reconocida en un porcentaje del 62,5%, al momento de su retiro del Ejército Nacional.
6. Mi poderdante presento derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando la inclusión como partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante, en el porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional, radicado N° 20150031219 del 31 de Marzo de 2015.
7. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dio respuesta al derecho de petición presentado por mi poderdante negando la inclusión de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante mediante acto administrativo No. 2015-23910 del 20 de Abril de 2015, dicha petición.

IV. NORMAS VIOLADAS

Considero que con el desconocimiento del mandato constitucional y de normas legales que protegen la seguridad social, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** ha trasgredido nuestra Constitución Política en su preámbulo y los artículos 1º, 4º, 13º, 42, y 53º, y los artículos 2 y 2.7 de la ley 923 de 2004, artículos 2 y 5 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

I. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

"ARTICULO 1º. Colombia es un Estado social de derecho,..."

Señor Juez, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** al negarle a mi poderdante el derecho a que en la liquidación de la asignación de retiro le sea incluida la partida subsidio familiar, estaría violando los principios fundamentales propios del Estado Social de Derecho establecido en el artículo 1º del mandato superior, entre los fines esenciales del Estado de Derecho se encuentran la protección de los derechos económicos de todos los colombianos.

Señor Juez, en el momento en que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares liquida las asignaciones de retiro, incluyendo la partida de subsidio familiar para oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil que labora en el Ministerio de la Defensa y lo niega para los soldados profesionales, que al igual que los anteriores tenía reconocida esta prestación al momento de su retiro, se está contraviniendo de manera directa los principios fundamentales propios ya no tanto de un Estado Social de Derecho sino de un Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental la obediencia a las normas con el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general, que en resumidas cuentas consiste en un Estado protector garante férreo de todas las prerrogativas fundamentales conferidas por nuestra carta de derechos.

En este sentir la Corte Constitucional en sentencia SU-747 de 1998, definió el Estado Constitucional de Derecho de la siguiente manera:

La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.

De lo anterior, no es dable pretender que la concepción de Estado Constitucional de Derecho sea una noción totalmente independiente del Estado Social de Derecho, por cuanto a que no son materias disyuntivas que se yuxtapongan, dado que el concepto y la finalidad de este último está orientada para que el mismo Estado le garantice a todas las personas condiciones de vida dignas, es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado, no se reduce a exigir de éste la no interferencia o el recorte las libertades individuales, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las

oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para poder superar las urgencias que el Estado como garante pueda auxiliar¹.

Todo Estado Social de Derecho se erige sobre valores tradicionales como son la libertad, la igualdad y la seguridad, que tiene como gran propósito, el procurar las condiciones materiales generales para lograr la efectividad y la adecuada integración del bienestar social; por lo que a la luz de esta finalidad, no podrá reducirse el Estado Social de Derecho a una mera instancia prodigadora de bienes y servicios, ya que al ser un defensor de los derechos, le es inaceptable que los funcionarios que hacen parte de sus instituciones como son los directores y asesores de las Cajas de Retiro, procedan a liquidar las pensiones y asignaciones de retiro omitiendo los principios rectores de nuestra Constitución Política como es el caso del derecho a la igualdad.

Es por ello que en la consolidación del Estado Social de Derecho, no es dable concebir el desconocimiento de las garantías constitucionales como lo son los derechos económicos, sociales y laborales, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social y los beneficios que este mismo arroja. Es así como dentro del grupo de la seguridad social, encontramos el derecho de adquirir una pensión digna en igualdad de condiciones, dado a que ésta es una de las prerrogativas constitucionales consideradas como personalísimas y de índole patrimonial, que al cumplir con los requisitos exigidos, constituye un derecho adquirido que no podrá ser desconocido en el marco de los principios del citado Estado Social de Derecho, que busca darle al ciudadano una protección conforme a los principios de favorabilidad y progresividad.

Ante esta realidad, y estando cobijados por los principios constitucionales de un estado social de derecho, destacando para este caso el derecho a la igualdad y la protección a la familia en los artículos 13 y 42 respectivamente, solicitamos al Despacho que se ordene a la demandada a que se corrija el tratamiento inequitativo que en la liquidación de su asignación de retiro está recibiendo mi poderdante, y en aplicación de los postulados propios de un Estado de Derecho, para liquidar la mesada pensional de mi poderdante se incluya la partida subsidio familiar, ya que ante una misma situación no se puede dar dos tratamientos diferentes, lo que violaría igualmente el derecho a la igualdad y a los derechos adquiridos.

2. PRIMACÍA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA LEGAL EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Artículo 4º Constitución Política.

“La Constitución es norma de normas. En caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicara las disposiciones constitucionales”

El tratamiento desigual que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares viene realizando en la liquidación de las asignaciones de retiro lo sustenta en la aplicación de las disposiciones consignadas en la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 del 31 de diciembre de 2004, que rigen el ordenamiento pensional para los integrantes de la Fuerza Pública.

Desconociendo la Caja de Retiro que si de la aplicación de una norma se ven afectados principios fundamentales, como en este caso el de igualdad y el de protección integral del núcleo familiar, la norma debe inaplicarse. Considero que el

¹Sentencia SU-747 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decreto mediante el cual se fija las partidas que se deben computar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales va en contravía del principio constitucional de la igualdad en cuanto conlleva un tratamiento discriminatorio, ya que el subsidio familiar es una prestación que en actividad ganan todos los miembros de la Fuerza Pública a partir del momento que conforman un hogar, dicha prestación hace parte del salario. No se entiende como para los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles que prestan sus servicios al Ministerio de Defensa si se les tiene en cuenta en la liquidación de sus pensiones la partida subsidio familiar y a los soldados profesionales no.

No incluir la partida del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, prestación que venían percibiendo en actividad, afecta en forma directa el mínimo vital con el cual debe mantener su familia, afectando la calidad de vida de su núcleo familiar contraviniendo la protección especial que el constituyente primario estableció en el artículo 42 del ordenamiento superior.

Con este proceder la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, desconoce la supremacía constitucional sobre la norma legal, afirmación que me permito sustentar:

- a. Desde el preámbulo de nuestra carta magna, se dispone asegurar la igualdad y un orden social justo para los colombianos, pilar constitucional ratificado en su artículo 2º como fines esenciales del estado y de obligatoria observancia por parte de sus autoridades.
- b. El Artículo 4º de la Constitución Política señala que: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros acatar la Constitución y las leyes..."
- c. Igualmente el artículo 4º es concordante con los artículos 1º, 2º, 3º, y 95, de la misma Carta; cuando se presentan incompatibilidades entre constitución y ley, debe inaplicarse la norma legal, acudiéndose a la excepción de inconstitucionalidad, facultad que deben observar con mayor prioridad las autoridades que tienen jurisdicción y competencia como en el caso concreto: la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.
- d. Considero que en el caso sub examine, se han presentado, voluntaria o involuntariamente, inaplicación de la norma adecuada, justamente por el exceso normativo existente y por el advenimiento novedoso de reciente reforma constitucional, garantista de los derechos fundamentales.
- e. Adicional al artículo 4º de nuestra joven carta magna, es el código civil colombiano quien claramente señala el camino de aplicación preferente de normas sobre un mismo tema, así:
 - Su artículo 10º: Reglas sobre disposiciones incompatibles entre sí, recoge el artículo 5º de la ley 57 de 1887: (...) "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella..."

- Igualmente nuestro estatuto civil en este mismo artículo 10º, cita el artículo 9º de la ley 153 de 1887, Supremacía de la Constitución, disponiendo: "La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente"
- En síntesis, en el caso aquí demandado por ajustarse milimétricamente a los postulados constitucionales y legales vigentes, debe aplicarse de preferencia los artículos constitucionales números 4, 13, 46, 48 y 53.

f. Reitero que nuestra garantista carta magna, en su artículo 48 último inciso y el artículo 53 inciso 3º, disponen la anterior garantía, que de la mano con el artículo 13 constitucional, no permite aplicación de norma contraria, so pena de incurrir en nulidades.

En materia de Jurisprudencia tenemos también sólidos soportes que aclaran el tema en estudio: La Sentencia C-182 de 1997, en la que estudiando la constitucionalidad del artículo 174 del decreto 1211 de 1990, norma en que se respalda la Caja de Retiro para expedir el acto administrativo que se demanda, y con ponencia del Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, la Honorable Corte se pronunció sobre el sometimiento a la Constitución de los "Regímenes Excepcionales" y en este caso, el de la Fuerza Pública, así:

(...)

"Ha señalado esta Corporación en relación con el establecimiento de los llamados "Regímenes Excepcionales", que ellos se ajustan al ordenamiento constitucional, en cuanto suponen la existencia de unas condiciones prestacionales más favorables para los trabajadores a quienes comprende y cuya finalidad es la preservación de los derechos adquiridos. Pero, cuando consagren para sus destinatarios un tratamiento inequitativo frente al que se otorga a la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, estas regulaciones deberán ser descalificadas en cuanto quebrantan el principio constitucional de la igualdad". (El subrayado y negrilla es nuestro)

De acuerdo con la posición de la Honorable Corte, queda claramente definida la primacía del ordenamiento constitucional frente a las demás normas, así se trate de regímenes especiales como el establecido en el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004. Por consiguiente, liquidar las asignaciones de retiro de quienes se encontraban en similares condiciones al momento de su retiro, computando la partida subsidio familiar a la generalidad de los integrantes de la Fuerza Pública y dejando excluido de este tratamiento a los soldados profesionales, es contrario a lo establecido en el régimen constitucional (artículos 13 y 42). No aplicar el nuevo espíritu y letra constitucional, es desconocer su supremacía, lo cual genera un tratamiento inequitativo con estos servidores públicos que son los que llevan el peso de la confrontación en un país inmerso en un conflicto armado.

En atención a lo anterior la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la negativa de incluir en la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante la partida subsidio familiar no pude escudarse en lo establecido en el artículo 16º del Decreto 4433 de 2004 expido reglamentario de la ley 923 de 2004, cuando de su aplicación se está en abierta contradicción con los preceptos constitucionales, como es el caso presente, por lo anterior se solicita al despacho que ordene a la demandada a inaplicar el artículo anteriormente relacionado en razón a que su aplicación conllevan la violación de derechos fundamentales como son el de igualdad y el de protección especial a la familia.

JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES SOBRE LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE EN LA LIQUIDACIÓN DE LAS ASIGNACIONES DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

A- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B" CONSEJERA PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ del diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). REF: EXPEDIENTE No. AC.-11001-03-15-000-2013-01821, ACTOR: JOSÉ NARCES LÓPEZ BERMÚDEZ ACCIONADA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA ACCIÓN DE TUTELA:

"Con base en lo expuesto, la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13, del Decreto 4433 de 2004, se observa que el "subsidio familiar" es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales "(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. ", es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

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 incluyó 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 un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales,

Así pues, a 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 - los Oficiales y Suboficiales - dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes 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 de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.

En consecuencia, se tutelaré el derecho fundamental a la igualdad y en consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 18 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Narcés López Bermúdez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Expediente No. 2011-00245-01.

En su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima que dentro del término de cuarenta (40) días profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, es decir, inaplicando por inconstitucional en este caso, la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. TUTÉLESE el derecho fundamental a la igualdad del señor **José Narces López Bermúdez**, vulnerado por el Tribunal Administrativo del Tolima, al proferir la sentencia de 18 de abril de 2003 Segunda Instancia, expediente No. 2011-00245-01.
2. DÉJESE SIN EFECTOS la sentencia de 18 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que decidió en Segunda Instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2011-00245-01, promovido por el señor José Narces López Bermúdez contra la Caja de Retiro de las fuerzas Militares.
3. ORDENASE al Tribunal Administrativo del Tolima que dentro del término de cuarenta (40) días profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, es decir, inaplicando por inconstitucional en este, caso, la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar.
4. De la anterior actuación, la Entidad deberá informarle a los interesados.

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Señor Juez, la decisión tomada por la Sala de Decisión, recoge los argumentos presentados en la presente demanda que apuntan igualmente a que se inaplique el parágrafo único del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 en la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante, por contemplar un trato discriminatorio para los soldados profesionales. Esta posición jurisprudencial de la Sala es acogida por la Subsección "E" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestione que en providencia de segunda Instancia afirmo:

B- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, En providencia del 01 de Abril de 2014, promulgada por la Sección Segunda – Subsección "E", Sala de Descongestión, radicado 2011 – 00212, actor ALBEIRO GARCÍA BONILLA, Magistrado Ponente Dra. JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA, Resolviendo el recurso de apelación presentado por la demandada, contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 7° Judicial Administrativo de Descongestión de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda, así.

A folio 20 de la providencia la Sala de Decisión fijo la siguiente posición:

"Ahora, lo acontecido frente a los soldados profesionales en materia de regulación del subsidio familiar ha sido positiva, ya que antes de ser considerados como tal, cumplían su misión en calidad de voluntarios, bajo el amparo del régimen que les fijaba la ley 131 de 1985, que no contempla el pago de la mentada partida: sin embargo, no es aceptable que al momento de establecer el régimen de asignación de retiro, de manera inexplicable se les sustraiga del goce de una prestación para la cual son candidatos idóneos y no a aquellos que estando en la misma condición, es decir, estar al servicio de la defensa del país, si pueden obtener que parte del porcentaje pagado en actividad por subsidio familiar se les incorpore a la prestación de retiro, entre altos mandos de las fuerzas militares como Coroneles. (Negrilla y subrayado es nuestro)

En este orden de ideas, si bien en principio resulta acertada la actuación de la entidad demandada, pues ajustada al artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 negó la inclusión de dicho subsidio en la liquidación de la asignación de retiro, luego del estudio desplegado frente a dicho Decreto, se desprende que no es dable aplicarlo, debido a lo inconstitucional que resulta, puesto que comparto un trato desigual injustificado, siendo por lo tanto como lo dispuso el a quo procedente su reconocimiento como partida computable para establecer el monto de la prestación de retiro, así como se dispone para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, razón por la cual esta sala revoca la sentencia apelada, y en el Segundo Punto condena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar la asignación de retiro

teniendo en cuenta el subsidio familiar en el mismo porcentaje en que devengaba al momento del retiro, en los demás será confirmada, por las razones que en precedencia se esgrimieron.”
(Negrilla y subrayado es nuestro)

Parte Resolutiva del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Judicial Administrativo de Bogotá, Confirmado por el Tribunal de Cundinamarca:

“RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la sentencia de 30 de julio de 2012, proferida por el juzgado Séptimo (7) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso instaurado por el demandante **ALBEIRO GARCÍA BONILLA**, contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión, y en su lugar se dispone:

DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contentivo en el oficio No 46400 CREMIL 56898 del 3 de Septiembre de 2010, expedido por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**; mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la partida del subsidio familiar al Soldado Profesional **ALBEIRO GARCÍA BONILLA**, dentro de su Asignación de Retiro

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **CONDENA** la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a **REAJUSTAR LA ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO** del demandante **ALBEIRO GARCÍA BONILLA** identificado con cédula de ciudadanía No 6.010.923 de Cajamarca (Tolima), teniendo en cuenta el Subsidio Familiar en el mismo porcentaje que devengaba al momento del retiro del servicio activo, y se descontara de las mesadas correspondientes los aportes no realizados por la parte actora, según corresponda, en los porcentajes fijados por la ley con la inclusión de su cónyuge y sus dos hijos menores de edad.

Con el acto administrativo que niega la inclusión de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante lo está dejando en una situación de desigualdad con los demás funcionarios públicos que al momento de sus retiros adquieren sus pensiones y el estado les reconoce esta partida de subsidio familiar para beneficio de su familia, como es el caso de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública

3. VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD.

El derecho a la igualdad es uno de los principios fundantes del constitucionalismo moderno que incidió de manera directa en la estructuración del derecho laboral, el cual encuentra su sustento en los artículos 13 y 53 de la Constitución y en los convenios 111 y 95 de la OIT. De esta manera y en nuestro sentir, la reafirmación del principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley, tiene por objeto materializar en forma progresiva las condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades del desarrollo humano, en especial por las condiciones de vida pretendidas por los trabajadores con relación a las expectativas que desarrollan en sus actividades laborales. El principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley, tiene por objeto materializar en forma progresiva las condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades del desarrollo humano.

Se está ante una notoria violación del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13° superior, en la medida en que en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales no se le compute la partida subsidio familiar. es necesario señalar que el derecho a la igualdad alude a la obligación de otorgar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en una situación análoga, de forma tal que todos ellos puedan gozar de unos mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen, lengua, religión u opinión política o filosófica².

Es de anotar al Despacho, que el subsidio familiar es una prestación que se le reconoce y paga a los oficiales, suboficiales, agentes, soldados profesionales y civiles que prestan servicio al Ministerio de Defensa, con el fin de atender las contingencias propias de matrimonio y del nacimiento y crianza de los hijos. Igualmente está establecido en los estatutos de carrera decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 que el subsidio familiar será tenido en cuenta como partida computable en la liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales, suboficiales, agentes y personal civil, dejando de reconocimiento de este derecho al nivel más bajo en la jerarquía de la Fuerza Pública como lo son los soldados profesionales.

No es entendible que si los soldados profesionales ganan en servicio activo el subsidio familiar al igual que los oficiales suboficiales, agentes y personal civil, no se les reconozca el cómputo de esta prestación en la liquidación de sus asignaciones de retiro. Igualmente si el subsidio familiar de conformidad con la ley 21 de 1982 se creó para ser pagado a los trabajadores de bajos salarios como se explicaría señor Juez que en este caso su aplicación es al revés se le reconoce a los altos salarios y al más bajo como es el caso de los soldados profesionales no se les reconoce.

Cuando LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES en el acto administrativo objeto de estudio y sustento de esta demanda, negó la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante computando la partida subsidio familiar está propiciando un tratamiento desigual entre iguales, discriminatorio, lo que afecta en forma directa el patrimonio de mi poderdante, ya que a pesar de tener los mismos derechos, por el tratamiento dado recibe una mesada de menor valor.

Apoyarse en la tesis de que al no estar contemplada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la partida de subsidio familiar en la liquidación de retiro de los soldados profesionales es desconocer los preceptos superiores como lo es el derecho a la igualdad. Ante estos casos la misma constitución les da herramientas a las autoridades para que inaplique una norma cuando de su aplicación se deriva un tratamiento discriminatorio, como es el caso de los soldados en relación con los oficiales, suboficiales, agentes y personal civil de las Fuerzas Militares. Al permitir una distinción de los beneficios a recibir entre los diferentes funcionarios retirados que presentan el mismo rango dentro de la institución los cuales se encuentran en una evidente igualdad de condiciones, se desconoce la aplicación de la Constitución Política con referencia al principio a la igualdad.

Lo que constituye una clara violación al derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la CN. "Trato igual a los iguales y desigual a los desiguales", si todos los pensionados están en pie de igualdad deben de recibir igual tratamiento constitucional. "la **Carta Política no hace diferencia alguna dentro del universo**

² Sentencia No. C-007 de 1996, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de tercera edad³ (Subrayado es nuestro).

Ante estas consideraciones es necesario establecer, que para realizar un análisis respecto del derecho a la igualdad en un caso concreto, como primera medida es inexcusable establecer entre quiénes encontramos la aplicación de un trato diferenciador, cuál es el fundamento o interés de la respectiva actuación y con base en qué criterios se ejerce la misma. Esto en resumidas cuentas, podríamos concluir que para contemplar la aplicación de un criterio discriminador en el caso que nos ocupa, sería mediante el ejercicio de un test de proporcionalidad que legitime la validez de la aparente exclusión normativa.

La Corte Constitucional, ha acudido al comentado test, con la finalidad específica de establecer si el criterio de distinción resulta o no compatible con la Constitución, debido a que dicho razonamiento supone partir de unos supuestos de hecho y otros postulados jurídicos, a partir del cual se analiza si el trato desigual resulta constitucionalmente admisible. Con referencia al test de proporcionalidad la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-577 de 2005, magistrado ponente Dr. Humberto Sierra Porto estableció lo siguiente:

"A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial."

Ahora bien, con relación al derecho de la igualdad y al test comentado, dentro de la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, como lo fue la sentencia C- 530 de 1993, M.P. Dr. Martínez Caballero Alejandro, se desarrolló una evolución jurisprudencial en la que en un primer pronunciamiento, se sostuvo que la igualdad implicaba el trato similar entre los iguales y el trato diferente entre los distintos; posteriormente la Corte agregó que para introducir una diferencia era necesario que ésta fuera razonable en función de la presencia de diversos supuestos de hecho. Dentro de la referida sentencia la Corte efectuó un análisis jurídico con la intención de depurar del concepto de igualdad en virtud de afirmaciones como las siguientes:

"El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones:

³ Sentencia C- 461/95, de la Honorable Corte Constitucional.

En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho, en segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad, en tercer lugar que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; en cuarto lugar, que el supuesto de hecho -esto es, 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 interna. Y en quinto y último lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución”.

De manera subsiguiente, es preciso examinar si el trato excluyente entre los soldados profesionales y los oficiales, suboficiales, agentes y personal civil es o no una medida necesaria que legitima la adopción de la comentada liquidación, caso contrario estaríamos ante una fragante violación del derecho a la igualdad,

De aquí, si partimos del supuesto en que si bien no toda desigualdad genera necesariamente una discriminación, ya que la igualdad sólo se vulnera en la medida en que la diferenciación no encuentre respaldo en una justificación objetiva y razonable, siendo ésta el resultado de un análisis previo entre los medios empleados y el fin de la medida considerada, es decir una relación de proporcionalidad⁴, y al no evidenciar racionalidad ni mucho menos la razonabilidad de las medidas optadas por la caja de retiro, es de anotar que no constituyen una decisión amparada por las garantías de nuestra carta de derechos al evidenciarse que de manera regresiva se efectúan liquidaciones al personal de la fuerza pública en retiro.

Ahora bien acorde con las anteriores consideraciones, no es posible inferir una autorización jurídica para que la caja de retiro, pueda establecer unas diferenciaciones entre los funcionarios de la Fuerza Pública que encontrándose en igualdad de condiciones adquirieron el derecho al reconocimiento de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

De igual forma, es preciso examinar si el trato diferenciador a la hora de liquidar la asignación de retiro con base en un porcentaje diferente y desfavorable al que se tiene en cuenta para calcular el monto de las asignaciones de retiro, es o no una medida justificable que legitime el actuar de la administración. Ante estas circunstancias, cabe concluir que ante la premisa de tratar igual a los que están en igualdad de condiciones y desigual a los desiguales, nos da a entender que la igualdad implica un tratamiento unívoco que obliga a dar el mismo trato ante supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un procedimiento diferente.

⁴ Sentencia No. C-590 de 1995, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Con base en estos postulados y al no encontrar un fundamento constitucional que legitime la postura asumida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se ratifica que el derecho fundamental de la seguridad social es un beneficio de carácter público del cual su aplicación se circunscribe al ámbito territorial del Estado, que deberá necesariamente responder a la aplicación íntegra de los mandatos constitucionales esbozados por la Constitución Nacional, sin que sea posible contemplar la alternativa de excluir a quienes encontrándose en igualdad de condiciones accedan a menores beneficios.

Analizado el contenido y la abundante jurisprudencia emitidas por los órganos de cierre sobre la vigencia del derecho a la igualdad, en el presente caso no existe fundamento alguno que permita concluir con base en el test de proporcionalidad aplicado, la validez de un trato discriminatorio en la liquidación de las asignaciones de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, y por el contrario en razón a la vigencia del derecho de igualdad la Caja de Retiro aplique un criterio uniforme en la aplicación de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales

3- PROTECCIÓN ESPECIAL A LA FAMILIA ARTICULO 42 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El constituyente primario estableció en el artículo 42 de la Constitución Política una protección especial para la familia, como veremos a Continuación:

"Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable".

Igualmente el Legislador en la ley 21 del 22 de enero de 1982 estableció el reconocimiento y pago de un subsidio familiar a los trabajadores como una manera de protección a la familia.

ARTICULO 1o. El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad. (Negrilla y subrayado es nuestro)

Señor Juez al negársele a mi poderdante por cuenta de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**, el reconocimiento y pago de la partida del subsidio familiar, se está atentando contra la institución familiar, que por mandato constitucional es el núcleo fundamental de la sociedad y que de plano se está desprotegiendo a la familia.

Es de resaltar que mi poderdante venía percibiendo el pago del subsidio familiar, dinero que contribuía al sostenimiento de la familia, al retirarse del servicio activo y no serle reconocida esta partida en la liquidación de su asignación de retiro se está afectando el mínimo vital con el que él contaba para brindarle unas condiciones dignas a su núcleo familiar.

La protección al núcleo familiar y el mínimo vital son dos derechos que están relacionados para que se pueda garantizar el mandato constitucional de protección y vida digna a los núcleos familiares, en especial a los de más bajos ingresos como en este caso las familias de los soldados profesionales.

El mínimo vital ha sido definido por la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, así:

*"se ha establecido que ese concepto corresponde a " los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano"*T-011/98 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.Cfr. T-246/92, T-063/95, T-437/96, T-366/98)⁵

De otra parte hago referencia al **artículo 1º de la Ley 21 de 1982** que manifiesta que 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... Se trata entonces de una prestación o partida cuya finalidad es la de ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas como son: su cónyuge o compañera, sus hijos que se encuentran a su cargo y en consideración a los ingresos del primero.

En el caso de las miembros de las Fuerzas Militares, el subsidio familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el legislador, como una forma de subvención, de ayuda o de auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales, agentes de policía y civiles al servicio del Ministerio de Defensa, en servicio activo, casados o viudos con hijos. Como puede observarse, el reconocimiento y pago del subsidio familiar, en los precisos términos concebidos en las disposiciones anteriores, no se hallaba supeditado a que los miembros de las Fuerzas Militares estuviesen clasificados o escalafonados en un grado determinado, esto es, como Oficial o Suboficial, pues el legislador no hace por lo menos hasta el momento distinción alguna entre su personal para tales efectos.

La H. Corte Constitucional en Sentencia No. **C-508 de 1997** Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, fija en torno al subsidio familiar la siguiente posición:

"...es por eso que el subsidio familiar en Colombia ha buscado un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

⁵ CORTE Constitucional, sala de revisión, sentencia T-777 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Por eso los principios que inspiraron la partida del Subsidio Familiar y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social, estipulado en nuestra constitución nacional. Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue para beneficio de los menos favorecidos".

5- ARTICULO 2° DE LA LEY 923 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2004

Hago referencia señor Juez, que el legislador al expedir la Ley Marco de Pensiones para los integrantes de la Fuerza Pública (Ley 923 de 2004) dejó consignado en el artículo segundo (2), que hace relación a los objetivos y criterios que el Ejecutivo debe observar al reglamentar el régimen pensional de estos servidores públicos, están los de universalidad, igualdad y equidad, como veremos a continuación:

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: (negrilla y subrayado es nuestro)

Cuando se establece en el Decreto 4433 de 2004 que la partida subsidio familiar debe ser tenida en cuenta en la liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales, suboficiales y agentes de policía, y en el artículo 13° de la citada norma no se contempla esta partida para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, el Ejecutivo cometió una omisión que va en contradicción con los objetivos y criterios establecidos por el legislador en la ley Marco de pensiones, ya que no se estaría cumpliendo con la universalidad, la igualdad y la equidad.

6- ARTICULO 5° DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004.

La norma que regula el régimen pensional de los integrantes de la Fuerza Pública es el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 que reglamenta la ley 923 mediante la cual se fija el régimen pensional de los integrantes de la Fuerza Pública. En el artículo 1° de la citada norma se consignó que las disposiciones allí contempladas se aplican a los soldados profesionales.

Significa lo anterior, que los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, se les aplica y reconoce en toda su extensión lo previsto por el legislador en el decreto 4433 de 2004.

En el Artículo 2° se les garantiza a los integrantes de la Fuerza Pública la garantía de los derechos adquiridos, al igual que las garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos lo que se refleja en el reconocimiento de la asignación de retiro.

Dentro de ese orden de ideas, como derecho, garantía o beneficio es que le asiste a mi poderdante el derecho a que la partida subsidio familiar le sea tenida en cuenta en la liquidación de su asignación de retiro, ya que esta prestación la tenía reconocida y la estaba ganando hasta el momento de su retiro de la Fuerza Pública.

Igualmente el artículo 3° del Decreto 4433 el legislador dejó establecido que el régimen pensional que se establezca para la Fuerza Pública, debe obedecer a criterios de **universalidad, igualdad, equidad y solidaridad**.

Estos cuatro preceptos, obligan a que las condiciones y los beneficios sean aplicados en igualdad de condiciones para todos los integrantes de la Fuerza Pública, no se concibe la universalidad, cuando a los soldados profesionales se les niega el computo de la partida de subsidio familiar, y si se les reconoce a los oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil que presta servicios en el Ministerio de Defensa.

Máxime si se tiene en cuenta, que el subsidio familiar, fue instituido para beneficiar a los sectores menos favorecidos salarialmente, con el fin de permitir a quienes como el caso de los soldados profesionales, cubrir las cargas económicas que representa el sostenimiento de su familia. En este caso vemos que el reconocimiento del subsidio familiar no está obedeciendo a esta lógica, porque precisamente a los de más baja asignación no se les está reconociendo esta prestación.

El artículo 5° del Decreto 4433 de 2004, es amplio en el reconocimiento de la partida subsidio familiar, y no se entiende que la Caja de Retiro para negar su computo en el caso de los soldados profesionales solo se detenga en lo dispuesto en el artículo 13 y no en la integridad de la citada norma.

Decreto 4433/04 artículo 5°:

"Artículo 5°. Cómputo de la partida del subsidio familiar. 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. (negrilla y subrayado es nuestro).

Es de resaltar que esta disposición, parte de un precepto: cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar, como factor de la liquidación de la respectiva asignación; luego entonces, el interrogante que emerge de inmediato, es ¿Cuándo hay lugar a la inclusión de dicha partida? La respuesta está en la misma norma en su artículo 13 numeral 13.1.7:

4- EL ARTICULO 43 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004 NO ES APLICABLE PARA DETERMINAR LA PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS.

Señor Juez, en razón a que la Fuerza pública cuenta con un régimen especial establecido en los decretos de carrera la prescripción aplicable para el pago de las diferencias que resultan del reajuste solicitado, es cuatrienal, ya que así está determinada en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990.

Si bien es cierto que el Gobierno Nacional en el artículo 43 del Decreto 4433 estableció que la prescripción debía de ser de tres años, el H. Consejo de Estado, ha determinado que este artículo no es aplicable en razón a que el Presidente de la República se "so pretexto de reglamentar una ley excedió los términos de la

misma.”, es decir no tenía competencia para hacer variaciones en este aspecto, por lo tanto sigue en firme lo dispuesto en los estatutos de carrera.

Señor Juez, con el fin de aportar elementos de juicio sobre el tema me permito transcribir los aportes de la sentencia del H: Consejo de Estado sobre el tema, así:

JURISPRUDENCIA DEL H. CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA NORMA QUE EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN ES APLICABLE EN ESTOS CASOS.

H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Sentencia del 4 de septiembre de 2008, radicado N° 2006 – 00107, Honorables Magistrados: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón y Luis Rafael Vergara Padilla Quintero, radicado N° 2007 – 00107, actor Carlos Humberto Ronderos Izquierdo.

VII. CONSIDERACIONES

“Como en el caso sub lite, el recurrente se limita exclusivamente a controvertir la decisión del tribunal de declarar prescritas las mesadas anteriores al año 2003, so pretexto de que la prescripción consagra en el artículo 155 del decreto 1212 de 1990, cuatro años, había sido modificada a tres años, con fundamento en lo estipulado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, la sala en lo pertinente, procederá a efectuar el estudio de este cargo, teniendo en cuenta que fue el único punto sobre el cual alegó el demandante en la sustentación del recurso.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado esta corporación realizara el siguiente análisis:

Mediante el decreto 1212 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional, el Presidente de la República de Colombia en uso de sus facultades extraordinarias que le confiere la ley 66 de 1989, para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Civiles del Ministerio defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en el artículo 155 se establece que los derechos prestacionales allí consagrados, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. Según términos de la citada norma “el reclamó escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Como es sabido, los **Decretos Extraordinarios, también denominados Decretos – leyes**, eran emitidos por el presidente de la república, requiriendo de una ley de “facultades extraordinarias” y precisas, que dictaba el congreso, cuando la necesidad lo exigía o las conveniencias públicas lo aconsejaban, de conformidad con el numeral 12 del artículo 76 constitucional.

Es claro entonces que los decretos legislativos, los Decretos –leyes o Extraordinarios, los Decretos Constitucionales y los Decretos de planificación, constituyen actos administrativos de naturaleza legislativa, es decir que gozan de fuerza igual a las leyes, mientras que los decretos especiales, los reglamentarios y los ejecutivos, constituyen actos de naturaleza administrativa.

Ahora bien, en desarrollo de la ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el Presidente de la república, expidió el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y en el artículo 43 dispuso: “prescripción. Las mesadas de la asignación de

retiro y de las pensiones revistas en el presente decreto prescriben en **tres (3) años** contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles." Negrillas de la sala.

De la lectura atenta de la ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo de 189 de la carta política actual, presidente de la república, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo facultad para reglamentar las leyes, con sujeción a la constitución y al contenido del mismo de la ley que se va a reglamentar, ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debido para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se continuaría en una invasión al campo del legislador.

De modo que el presidente de la República, al encontrarse ante una ley, puede dictar normas también generales como la ley, respetando esta última, pero que concrete más su contenido, con el fin de facilitar o hacer posible su aplicación práctica; normas que reciben el nombre de **decretos Reglamentarios**.

Respeto del poder reglamentario esta corporación en anteriores oportunidades ha sostenido que "... si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y la obligación del gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el presidente de la República pretender sustituir la ley, para buscar una aplicación conveniente a través de reglamento. En manera alguna la constitución le otorgó al presidente de la República la función de "arreglar la ley" para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacer producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz solo compete al congreso de la república como órgano legislativo, según lo indica la constitución política en su artículo 150..."

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, **cuando el presidente de la república, so pretexto de reglamentar la ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se deriva de la ley que reglamentaba, Razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el presidente de la república de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficial de la policía,**

Señor Juez, como se desprende de la anterior jurisprudencia emitida por el órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa el artículo 43 del Decreto 4433 no es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, por las razones expuestas en el fallo que se transcribe.

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE NIEGAN LA RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES PERIÓDICAS NO TIENEN CADUCIDAD

Señor Juez, de conformidad con el artículo 164 literal C), de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos administrativos que reconocen, así como los que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, llámese pensiones o reliquidación de las mismas, pueden ser demandados en cualquier tiempo, es decir *no opera el fenómeno de la caducidad*.

VIII. FALSA MOTIVACIÓN ARTÍCULO 138 CPACA.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en la motivación del acto administrativo que se demanda, incurrió en causal de **FALSA MOTIVACIÓN**, al no existir correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se aducen para negar a mi poderdante las peticiones solicitadas lo que es motivo de nulidad (Art. 138 CPACA.); además quebrantó las disposiciones de jerarquía superior normativa.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, han entendido que existe la ilegalidad denominada **FALSA MOTIVACIÓN**, cuando los fundamentos alegados por el funcionario que expidió el acto administrativo, en realidad no hayan existido, o no tengan el carácter jurídico que el legislador les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, de una parte o que los motivos, no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada.

Se denominan **motivos**, según la doctrina francesa, las circunstancias de hecho que proceden o provocan toda decisión administrativa; la sucesión de acontecimientos que impulsan al administrador público a obrar; la decisión en tales circunstancias será ilegal, si no se justifican las razones que la provocaron; obviamente la causal de la falsa motivación encuadra dentro de la violación de la ley general.

Con base en lo anterior, me permito proceder a explicar los motivos por los cuales **LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** incurrió en el vicio de la FALSA MOTIVACIÓN, cuando negó los derechos reclamados.

En el acto administrativo demandado, la Caja soporta su argumentación para negar los derechos reclamados por mi poderdante, en las siguientes razones:

Es de resaltar que la petición no busca la aplicación de aspectos favorables del régimen general, sino la observancia de la Constitución, en cuanto al derecho fundamental de protección a la vida digna, especialmente a las personas de la tercera edad, observando el mandato superior del derecho a la igualdad y de la aplicación del principio de favorabilidad.

Incurrir en FALSA MOTIVACIÓN, como ocurrió en el caso *sub examine*, normalmente se presenta por la aplicación incorrecta de los métodos de interpretación normativa; en esta demanda he podido dejar muy claros los postulados normativos y de interpretación jurisprudencial y doctrinario respecto de los mínimos porcentajes en que debe incrementarse anualmente la pensión de mi poderdante, erróneamente interpretado por la Demandada.

Señor juez, del estudio de los argumentos invocados en la presente demanda, permiten concluir que Constitución, (Art. 13 y 53), y Ley 923/04, la Jurisprudencia emitida tanto por La corte Constitucional y el Consejo de Estado, llevan a establecer que mi poderdante tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al liquidar su asignación de retiro tenga en cuenta la partida subsidio familiar. No se entiende, porque la Caja demandada no ha dado estricto cumplimiento a esta obligación, en abierta contradicción con la constitución de 1991, toda vez que la inobservancia por parte de un funcionario público de las obligaciones constitucionales y legales que le corresponden al Estado está poniendo en entredicho el Estado Social de Derecho pilar de la actual normatividad.

IX. COMPETENCIA

El Circuito Judicial Administrativo de BUGA, es competente para conocer de este asunto en primera instancia por la cuantía y naturaleza del asunto y por factor territorial por cuanto el señor JHON JAIRO CASTILLO CEBALLOS, tuvo como último lugar de trabajo en el **BATALLON DE ARTILLERIA No 3 "BATALLA DE PALACE"** con sede la ciudad de **BUGA (VALLE DEL CAUCA)**, de conformidad con lo establecido en el artículo 155, 156 Y 157 del CPACA.

X. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

De conformidad con el artículo 157 del CPACA la cuantía de la presente demanda se estima por valor de **VEINTE Y UN MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS (\$21.824.480) M/CTE (sin indexación)**; esta cuantía resulta del análisis comparativo de la mesada pensional recibida por el demandante en cada uno de los años, comparándola con la que debió de recibir, motivo de litigio; si la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, en los últimos años, hubiera tenido en cuenta para realizar la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante la partida de subsidio familiar.

La diferencia existente entre la mesada pagada y la mesada que se ha debido pagar, se multiplica por catorce (14), que es el número de mesadas anuales a que tiene derecho mi poderdante, resultado que arroja el monto anual dejado de pagar y la sumatoria año por año, nos da la cuantía materia de esta demanda.

Con el fin de ilustrar en mejor forma al Señor Juez, a continuación se presenta el cuadro demostrativo de este análisis:

AÑOS	ASIGNACION SIN SUBSIDIO	ASIGNACION CON EL SUBSIDIO	DIFERENCIA MENSUAL	No. MESADAS	ACUMULADO ANUAL	No. MESADAS	ESTIMACION RAZONABLE DE LA CUANTIA
2012	\$ 769.182	\$ 1.246.075	\$ 476.893	4	\$ 1.907.572	2	\$ 953.786
2013	\$ 800.128	\$ 1.300.209	500.080	14	\$ 7.001.120	14	\$ 7.001.120
2014	\$ 836.097	\$ 1.358.258	\$ 522.161	14	\$ 7.310.254	14	\$ 7.310.254
2015	\$ 874.576	\$ 1.421.186	\$ 546.610	12	\$ 6.559.320	12	\$ 6.559.320
					\$ 22.778.266		\$ 21.824.480

EXPLICACIÓN DEL CUADRO

- **Primera columna:** Relación de los años en reclamación.
- **Segunda columna:** Asignación de Retiro pagada en el respectivo año sin liquidar el subsidio familiar.
- **Tercera columna:** Asignación de retiro esperada incluyendo la partida subsidio familiar en su liquidación.
- **Cuarta columna:** Diferencia mensual en pesos entre la asignación de retiro sin incluir la partida subsidio Familiar y la asignación de retiro una vez computada esta partida.
- **Quinta columna:** Número de mesadas recibidas en el respectivo año
- **Sexta columna:** Consolidado los valores anuales dejados de cancelar o acumulado anual pendiente de pago, que resulta de multiplicar la diferencia mensual entre las mesadas comparadas, por el número de mesadas recibidas al año (14) En la última casilla de esta columna esta la sumatoria de los diferentes años que nos da la cuantía a reclamar.
- **Séptima columna:** Numero de mesadas tenidas en cuenta para la estimación razonada de la cuantía.
- **Octava Columna:** Estimación razonada de la cuantía, tomando los últimos tres años.

XI. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA

Con el fin de aportar elementos de juicio que permitan al Despacho proferir sentencia, con el debido respeto me permito relacionar fallos proferidos por el H. Consejo de Estado, Tribunales Administrativos, sobre similar situación a la de mi poderdante en los cuales se accede a las pretensiones, así:

1. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: DOCTORA MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO del Once (23) de Julio de dos mil Quince (2015). REF: EXPEDIENTE No AC – 1001-03-15-000-2015-00447-01, ACTOR: BERNARDO MIRANDA OROS.
2. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ del Once (11) de Diciembre de dos mil Catorce (2014). REF: EXPEDIENTE No AC – 11001031500020140229200, ACTOR: ORLANDO ENRIQUE ORTEGA FLÓREZ.
3. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B" CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN del diecisiete (10) de Julio de dos mil Catorce (2014). REF: EXPEDIENTE No AC – 11001-03-15-000-2014-01272-00, ACTOR: RAÚL MUSSE PUNCUE.

4. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B" CONSEJERO PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAZ del diecisiete (17) de Octubre de dos mil trece (2013). REF: EXPEDIENTE No AC – 11001-03-15-00-2013-01821-00, ACTOR: JOSÉ NARCES LÓPEZ BERMÚDEZ.
5. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META, providencia del 10 de Marzo de 2015, promulgada por la Sala Primera, radicado 2013 – 00026, actor CARLOS EFRAIN BARRERA PÉREZ, Magistrado Ponente Dr. HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO.
6. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, providencia del 07 de Julio de 2014, promulgada por la Sección Segunda, radicado 2012 – 00166, actor HERNANDO FLÓREZ ZAPE, Magistrado Ponente Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN.
7. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, providencia del 08 de Abril de 2014, promulgada por la Sección Segunda, radicado 2011 – 00053, actor LUIS ALFREDO CORREA MALATESTA, Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO JAVIER GONZÁLEZ BOCANEGRA.
8. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL BOYACÁ, providencia del 13 de Junio de 2014, promulgada por la Sección Segunda, radicado 2013 – 00133, actor CARLOS HERNANDO VARGAS CAMARGO, Magistrado Ponente Dr. JAVIER ORTIZ DEL VALLE.
9. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, providencia del 03 de Abril de 2014, promulgada por la Sección Segunda – Subsección "D", radicado 2013 – 00042, actor CARLOS JULIO RODRÍGUEZ LARA, Magistrada Ponente Dra. YOLANDA GARCÍA DE CARVAJALINO.
10. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, providencia del 10 de Septiembre de 2013, promulgada por la Sección Segunda – Subsección "E", radicado 2011 – 00515, actor URBANO LEON RUBIO, Magistrada Ponente Dra. LILIA APARICIO MILLAN.
11. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETÁ, providencia del 29 de Agosto de 2013, promulgada por la Sección Segunda, radicado 2012 – 00042, actor HERMES CUPITRA OVIEDO, Magistrado Ponente Dr. CARLOS ALBERTO PONTILLA RUBIO.
12. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, providencia del 12 de abril de 2012, promulgada por la Sección Segunda – Subsección "A", radicado 2011 – 00080, actor JOSE ALEXANDER FONSECA BAUTISTA, Magistrado Ponente Dr. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA.

13. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, providencia del 09 de noviembre de 2011, promulgada por la Sección Segunda – Subsección “E”, Sala de Descongestión, radicado 2006 – 00117, actor JOSE BENILDO PAEZ CASTELLANOS, Magistrado Ponente Dra. FANNY CONTRERAS ESPINOSA.
14. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, providencia del 30 de abril de 2012, promulgada por la Sección Segunda – Subsección “F” Descongestión, radicado 2011 – 00093-001, actor MAURICIO SANTIAGO MUÑOZ CADENAS, Magistrado Ponente Dra. LUCENY ROJAS CONDE.

XII. ANEXOS Y PRUEBAS

Solicito que se tengan como pruebas, la documentación aportada.

1. Poder legalmente conferido con expresas facultades para Demandar.
2. Fotocopia de la cedula de ciudadanía del señor JHON JAIRO CASTILLO CEBALLOS
3. Acta de Conciliación No. 297571 de la Procuraduría 60 Judicial I Para Asuntos Administrativos Ante los Juzgados Administrativos de BUGA, de Fecha 22 de Octubre de 2015.
4. Derecho de petición elevado ante la entidad demandada radicado con el número 20150031219 de Fecha 31 de Marzo de 2015.
5. Acto Administrativo No 2015-23910 del 20 de Abril de 2015, emitido por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)** en respuesta del Derecho de Petición motivo de esta litis, con el cual se agotó la Actuación Administrativa.
6. Extracto hoja de servicios del señor Soldado Profesional **JHON JAIRO CASTILLO CEBALLOS**.
7. Copia de la Resolución No. 6470 de fecha 17 de Octubre de 2012, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual se le reconoce la asignación de retiro al señor Soldado Profesional **JHON JAIRO CASTILLO CEBALLOS**.
8. Certificación de Ultima Unidad suscrita por las **FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA – EJERCITO NACIONAL- DIRECCIÓN DE PERSONAL-SECCIÓN JURÍDICA** Radicado No. 201355620405421 MDN-CGFM- CE-JEDEH- DIPER-SJU-1.10 de Fecha 06 de Mayo de 2015.

XIII. NOTIFICACIONES

DEMANDADA: Al señor Director de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) en la carrera 13 N° 27 – 00 Edificio Bochica. Mezanine, Piso 2 de la ciudad de Bogotá, D. C. Tel. 3537300. Correo para notificaciones judiciales notificacionesjudiciales@cremil.gov.co

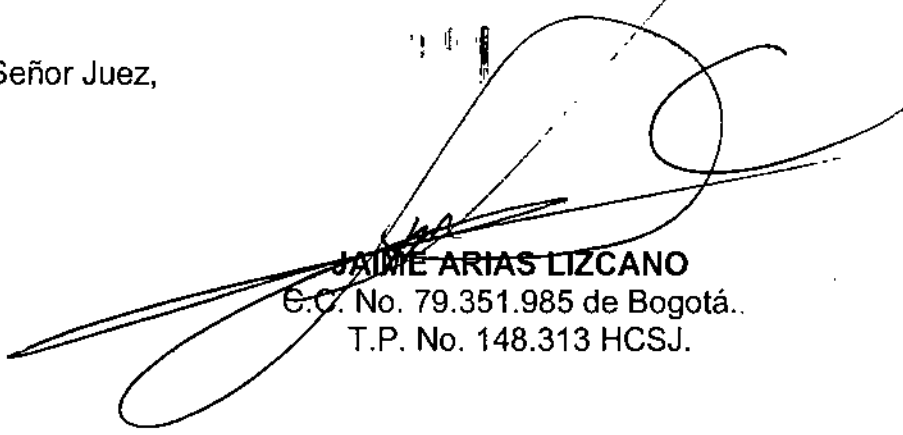
DEMANDANTE: Mi poderdante **JHON JAIRO CASTILLO CEBALLOS** las recibirá en la Carrera 33 No 42 - 76, de la Ciudad de Cali.

MINISTERIO PÚBLICO: El señor Procurador delegado ante ese Honorable despacho, puede ser notificado en la secretaría de esa Corporación o en la Carrera. 5 No. 19 -34 Oficina 702 de la ciudad de Bogotá. Email: procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

EL SUSCRITO APODERADO: Las recibiré en la secretaría de su despacho o en mi oficina de abogado ubicada en la calle 73 bis N° 26 - 28, en la ciudad de Bogotá, teléfono 7420825 ext. 101 o 105. De conformidad con el artículo 205 de la ley 1437 de 2011 acepto que la notificaciones relacionados con el presente proceso se hagan a mi dirección electrónico alvarorueta@arcabogados.com.co

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, las recibirá en la Carrera 7 No 75 - 66 Piso 2 y 3 tel. 2558955 de la ciudad de Bogotá, email procesos@defensajuridica.gov.co

Del Señor Juez,



JAI ME ARIAS LIZCANO
C.C. No. 79.351.985 de Bogotá..
T.P. No. 148.313 HCSJ.