



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

ACTA N° 060

AUDIENCIA INICIAL

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
FERNANDO MONCALEANO CONDE CONTRA CAJA DE RETIRO DE LAS
FUERZAS MILITARES - CREMIL
RADICACIÓN 2017 - 00045**

En Ibagué, Tolima, hoy dieciocho (18) de marzo de dos mil diecinueve (2019), siendo las dos y cincuenta y nueve minutos de la tarde (2: 59 p.m.), el Juez Sexto Administrativo Oral de Ibagué, FLABIO GENTILE MENDOZA QUINTERO, se constituye en audiencia pública, en la fecha indicada en auto del siete de junio del año inmediatamente anterior dentro del proceso señalado en el encabezamiento, para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Acto seguido se le concede el uso de la palabra a las partes para que se identifiquen:

Parte demandante:

MILCIADES CORTES CAMPAZ, identificado con C.C. No. 12.910.706 y T.P. 2003615 expedida por el C. S. de la J.; Dirección: Calle 14 No. 4-24 Of. 202; Teléfono de contacto: 3165757132, Correo electrónico: cortesc2008@hotmail.com. Se le deja constancia que reasume el poder

Parte demandada:

GUSTAVO ADOLFO UBIBE HERNANDEZ identificado con C.C. No. 1.110.461.953 de Ibagué y T.P. 228.274 expedida por el C. S. de la J.; Dirección: Carera 7 No. 4 A - 06 Apto 403, en Ibagué; Teléfono de contacto: 3006594315; Correo electrónico: abogadouribehernandez@gmail.com. Quien allegó poder conferido por el jefe de la Oficina Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL. Se le reconoce personería adjetiva para actuar. Téngase por revocado el poder conferido a la doctora ASTRITH SERNA VALBUENA

Ministerio Público: YEISON RENE SANCHEZ BONILLA procurador judicial 005 delegado ante lo administrativo. NO SE HACE PRESENTE

Procede el Juez a indicar las condiciones de la audiencia, las cuales están señaladas en la Ley.

SANEAMIENTO

El despacho luego de revisar las actuaciones surtidas no encuentra que se haya incurrido en vicio alguno que pueda dar origen a una nulidad. Seguidamente, se le concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si evidencian causal o motivo que pueda invalidar lo actuado; se le da el uso de la palabra a las partes y quienes manifiestan: "SIN OBSERVACION ALGUNA". Teniendo en cuenta que no se advierte irregularidad que pueda dar origen a nulidad. Se declara precluida esta etapa. La anterior decisión queda notificada en estrados... Sin recurso.

EXCEPCIONES



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

El numeral 6° del artículo 180 del C.P.A.C.A., dispone que en audiencia inicial el Juez de oficio o a petición de parte debe pronunciarse sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de Legitimación en la Causa, y prescripción extintiva.

En esa medida, al revisar el expediente se encuentra que la entidad demandada en su escrito de contestación, visible a folios 66 a 71, propuso como excepción la que denominó: Inepta demanda por indebido agotamiento de procedimiento administrativo. Al descorrer el traslado de excepciones, el apoderado judicial de la parte actora se pronunció oponiéndose a su prosperidad (fls. 111 a 115).

Así entonces, al considerarse dicha excepción como previa, le corresponde al despacho pronunciarse sobre la misma. En efecto, señala el profesional del derecho que, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho, solicitan se declare la nulidad parcial de la Resolución N°. 1783 del 11 de marzo de 2014 que le reconoció asignación de retiro al señor Fernando Moncaleano Cordero; sin embargo, frente al mismo no se cumplió con el presupuesto procesal de interponer el recurso de reposición que según lo dispuesto en numeral 2° del artículo 161 del CPACA, se torna obligatorio para acudir a la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En efecto, del contenido de la parte resolutive de la Resolución No.1783 del 11 de marzo de 2014¹, se extracta:

“**ARTICULO 9°.** *Contra la presente resolución solamente procede el recurso de reposición ante la Dirección General de ésta Caja, al tenor de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011...*”

Ahora bien, el artículo 161 del CPACA prevé que la presentación de la demanda debe someterse al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

Art.161.- Requisitos para demandar.-

“...”

“2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios

En consonancia con lo anterior, el artículo 76 *idem*, que contempla la oportunidad y procedencia de los recursos contra los actos administrativos, es claro en establecer que “los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios”.

¹ Folio 9 a 11



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que contra el acto demandado no era necesario agotar procedimiento administrativo, de ahí que, sea susceptible de control jurisdiccional.

De acuerdo con lo expuesto, **declárese no probada la excepción previa de inepta demanda por indebido agotamiento de procedimiento administrativo**. En lo que tiene con las demás excepciones propuestas, como quiera que ataca la pretensión, su análisis se deferirá a la decisión que ponga fin a la instancia. Esta decisión queda notificada en estrados, y de ella se corre traslado a las partes presentes: CREMIL: SIN OBSERVACIONES, demandante: CONFORME CON LA DECISIÓN

FIJACIÓN DEL LITIGIO

La parte actora pretende se declare la nulidad del acto administrativo N°. 0063484 CREMIL – 62613 del 22 de septiembre de 2016, y la nulidad parcial de la Resolución N°. 1783 – CREMIL-21878 del 11 de marzo de 2014 que negó la reliquidación de las prestaciones sociales y la inclusión de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a CREMIL, reconocer y pagar a favor del soldado profesional (R) Fernando Moncaleano Conde, la reliquidación de sus prestaciones sociales, incluyendo como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje que venía percibiendo al momento de retiro del servicio activo, esto es el equivalente al 4% del salario básico más el 100% de la prima de antigüedad desde que se hizo efectiva la asignación mensual de retiro; así como que se incremente la asignación de retiro con el valor de la partida del subsidio familiar, y que la diferencia resultante sea indexada de conformidad con lo previsto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones aduce que:

1. Que, el señor Fernando Moncaleano Conde prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado profesional, por espacio de 20 años, 6 meses y 4 días, por lo que a través de Resolución 1783- CREMIL – 21878 del 11 de marzo de 2014, se le reconoció asignación mensual de retiro sin incluir el Subsidio familiar como partida computable;
2. Que, al actor en servicio activo se le cancelaba subsidio familiar en cantidad equivalente al 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad, conforme lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3770 de 2009 que derogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000;
3. El 25 de julio de 2016, presentaron ante la entidad demandada petición de reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la partida salarial "subsidio familiar", y, la entidad a través de oficio N°. 0063484 CREMIL – 62613 del 22 de septiembre de 2016, negó lo solicitado, argumentando que, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 no contempla el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación mensual de retiro.

Resulta entonces procedente indicar que, la apoderada de CREMIL en su contestación se opone a la prosperidad y todas y cada una de las pretensiones.

Respecto a los hechos, acepta los que se relacionen con el reconocimiento de la asignación de retiro, y, manifestó su oposición respecto de lo demás.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Una vez analizados los argumentos expuestos en la demanda, como en la contestación, el litigio queda fijado en determinar: "Si es procedente o no el reajuste de la asignación de retiro de la que es titular el demandante, con la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción que la venía percibiendo cuando estaba en servicio activo, pese a que el Decreto 4433 de 2004 no contempla este factor en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales".

De esta decisión se le corre traslado a las partes presentes: Demandante: Conforme, CREMIL: CONFORME

CONCILIACIÓN

En esta etapa, se le concede el uso de la palabra a la apoderada de CREMIL: según acta del 20 de febrero de 2019, la decisión del Comité de Conciliación es: "no conciliar, allegó acta en 2 folios." Teniendo en cuenta que no asiste al conciliatorio, se da por agotada esta etapa procesal. Decisión que queda notificada en estrados. Sin recursos.

MEDIDAS CAUTELARES

No existe solicitud de medidas cautelares. Se declara superada esta etapa. Se notifica esta decisión en estrados, sin recursos.

PRUEBAS

Parte demandante

En su valor legal se apreciarán los documentos aportados con la demanda, vistos a folios 3 a 21 los cuales serán valorados en el momento procesal oportuno.

No solicito la práctica de pruebas

Parte demandada

- CREMIL

No aportó, ni solicitó práctica de pruebas.

Téngase por incorporado el expediente administrativo que contiene los antecedentes del reconocimiento de la asignación de retiro al señor FERNANDO MONCALEANO CONDE obrante a folios 81 a 106 el cual ha permanecido a disposición de las partes, a fin de hacer efectivo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, en la forma y términos dispuestos en la Ley.

En virtud de lo anterior, y como quiera que no hay más pruebas de practicar, se declara cerrado el debate probatorio. Esta decisión queda notificada en estrados, y se le corre el uso de la palabra a las partes asistentes: Parte demandante: CONFORME, Parte demandada: SIN RECURSO

CONCLUSIÓN



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Una vez evacuadas las etapas de que trata el artículo 180 del CPA y de lo que se quiera que se prescindió del término probatorio. En ejercicio de la facultad contenida en el inciso final del artículo 179 del CPACA, y dada la naturaleza del asunto, se procederá a escuchar las alegaciones de las partes, adviértase, que si a bien tienen alegar de conclusión, deben abstenerse de repetir lo dicho en la demanda y su contestación, sino que deben aportar nuevos elementos al debate. La anterior decisión se notifica por estrados, SIN RECURSOS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Inicia al minuto: 11.39 se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, solicita se inaplique por inconstitucional los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004... termina al minuto 13.26

Parte demandada: 13.32 se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, manifestando que los actos administrativos devengados gozan de presunción de legalidad... va hasta el minuto 13.45

Escuchadas las alegaciones de cierre de las partes, el Despacho profiere la siguiente:

SENTENCIA ORAL

Así las cosas, se encuentra acreditado en el expediente los siguientes hechos:

- Que el señor FERNANDO MONCALEANO CONDE prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado profesional, y mientras estuvo en servicio activo se le pagaba a más de sueldo básico, prima de antigüedad, bonificación orden público soldado PF y **subsidio familiar**, conforme se evidencia en el Hoja de Servicios N°. 3-93130030 del 11 de febrero de 2004 (folio 81 a 83, frente y vuelto).
- Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución N°. 1723 del 11 de marzo de 2014 le reconoció al ex soldado profesional FERNANDO MONCALEANO CONDE, **asignación de retiro en cuantía del 70% del salario mensual, más el 38.5% de la prima de antigüedad** conforme lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, folio 9-12 y 94 -97.
- Que, el señor FERNANDO MONCALEANO CONDE constituyó unión marital de hecho con KATHERINE XIMENA CAÑON SOSA según se desprende de la declaración de constitución de unión marital de hecho obrante a folios 14 a 16; y según registros civiles de nacimiento que obra a folios 18, 19 y 20, es padre de JENNYFER LILIANA MONCALEANO TORRES, NICOLÉ FERNANDA y LUIS FELIPE MONCALEANO CAÑON;
- Que, el 25 de julio de 2016, radicaron en la entidad demandada solicitud de reliquidación de la asignación mensual de retiro con la inclusión de la partida de subsidio familiar, (fl. 3-6), y, la entidad mediante oficio 0063484 del 12 de septiembre de 2016 negó lo solicitado, folio 7 frente y vuelto
- Que, la última unidad donde prestó sus servicios el actor fue en el "BATALLÓN DE INFANTERIA No. 17 GR DOMINGO CAICEDO CHAPARRAL – TOLIMA (Fl.21)

Los anteriores medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y su autenticidad no ha sido controvertida.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

El demandante tiene derecho a que la asignación de retiro se reliquide incluyendo como partida computable el subsidio familiar, esto en virtud a que si bien por expresa disposición del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 el subsidio familiar no es partida computable para liquidar la asignación de retiro, también lo es que de la lectura del artículo 5º ídem es posible incluir la partida subsidio familiar en la liquidación de asignación de retiro de los soldados profesionales.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

Las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, la entidad actuó conforme a derecho, para el reconocimiento de la asignación de retiro del actor se aplicó lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 que determina el régimen pensional y de asignación de retiro para los miembros de la fuerza pública, y señala que el subsidio familiar no está contemplado como partida de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

TESIS DEL DESPACHO:

El demandante tiene derecho a que dentro de su asignación de retiro se incluya el subsidio familiar, toda vez que las normas que sirvieron de base para no incluir la prestación dentro de su asignación son violatorias entre otros, de los principios de igualdad, solidaridad y universalidad, por tanto es necesario inaplicar lo dispuesto en el artículo 13.2 y su parágrafo así como lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a fin de incluir dicha prestación como base para la liquidación de su asignación de retiro.

MARCO NORMATIVO

De la asignación de retiro de los soldados profesionales:

Sea lo primero señalar que, el régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares se encuentra consagrado en los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 1211 de 1990, Decreto 2070 de 2003, Ley 923 de 2004 y Decreto reglamentario 4433 de 2004.

Ahora bien, mediante escrito obrante a folios 3 a 6 del cuaderno principal, el apoderado del accionante en su condición de soldado profesional solicitó a la entidad demandada, el reajuste de la asignación de retiro, con la inclusión del subsidio familiar que venía devengando en actividad pero no le fue tenido en cuenta al momento en que se produjo el retiro de la entidad, la que solicita se le conceda en el mismo porcentaje que devengaba en actividad, esto es, el equivalente al 10% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad y con fundamento en el artículo 5º del Decreto 4433 de 2004 y ley 923 de 2004.

En cuanto al marco normativo se encuentra que, el artículo 1º del Decreto 1733 de 2000² señaló que *"Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo"*

² "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares."



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

El artículo 38 *ídem*, dispuso que: "El Gobierno Nacional expediría los regímenes salariales y prestacionales del soldado profesional, con base en lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos".

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000 constituyó el régimen salarial y prestacional del soldado profesional, donde estableció que tales servidores tendrían derecho a percibir a más de la asignación básica y otras prestaciones, **el subsidio familiar**. Sobre el particular, el artículo 11 decreto 1794 de 2000, estableció:

"ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.

Posteriormente, el derogado decreto 3770 de 2009, disponía:

"ARTÍCULO 1º. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual."

Nótese que dicha disposición le otorgaba el derecho a percibir subsidio familiar a quienes a la entrada en vigencia - 30 de septiembre de 2009 - estuvieron devengando subsidio familiar y hasta el retiro del servicio. No obstante, dicha disposición fue declarada en su totalidad nula, con efectos ex tunc, a través de sentencia de la Sección Segunda, de fecha ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017), MP: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Radicado: 11001-03-25-000-001-00065-00, Número interno: 0686-2010.

En lo que tiene que ver con el régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales, tenemos que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, el cual estableció en su artículo 1º que, "Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto".



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ahora bien, como partidas computables para liquidar la asignación de retiro, el artículo 13 de la citada norma, dispone el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales, sin embargo en el parágrafo de la citada norma se dispone:

“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.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 1.2., adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a 1.2. salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, a partir de la expedición de los Decretos 1161 y 1162³ del 24 de junio de 2014, se zanjó dicha discusión, en cuanto le reconoció a los soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares en servicio activo que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar y, estableció 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.

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LOS RÉGIMENES ESPECIALES

La Corte Constitucional en sentencia C-229 de 30 de marzo de 2011, se pronunció respecto al derecho a la igualdad y la aplicación de los regímenes especiales de la siguiente manera:

“...El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas....”

De conformidad con lo señalado en la citada providencia, para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y si por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, **hay que establecer si la norma regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable.** Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual.

³ “Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”

**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO**

Frente a los regímenes especiales, dice que éstos responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social y su objetivo reside en la *“protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”*. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinará su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P.)

Dice la Corte, que la jurisprudencia ha aceptado que es posible entrar a comparar las eventuales diferencias de trato que se establecen en su interior entre dos grupos de personas: los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares.

Ha justificado esta posibilidad en varias consideraciones: (i) Se trata de grupos que si bien no son idénticos si se encuentran en la misma situación de hecho; (ii) Las razones que justifican excluir a los oficiales del régimen prestacional general, son las mismas que justifican excluir a los suboficiales; (iii) Las especiales condiciones laborales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares es lo que lleva a la Constitución (artículo 217) y a la ley (artículo 279 de la Ley 100 de 1993) a ordenar al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos, sin distinguir entre oficiales o suboficiales; (iv) la regulación se efectuó mediante un solo decreto, el Decreto Ley 1211 de 1990, en el cual se contemplan varias normas que los cobijan a ambos grupos, en las que se establecen las mismas reglas y consecuencias jurídicas para oficiales y suboficiales.

Así las cosas, si bien el citado decreto 4433 reglamenta los objetivos, fines y principios consagrados en la Ley 923 de 2004, donde se estableció que el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debía tener en cuenta entre otros, **el derecho a la igualdad**, lo cierto es que tal principio se ve vulnerado con el **trato normativo desigual** establecido en el citado Decreto 4433, pues no se tiene en cuenta el sentido y objetivo del subsidio familiar, desconociendo que los soldados profesionales son los que menos ingresos perciben dentro de la escala salarial de los miembros de las Fuerzas Militares y pasando por alto la razón de ser del subsidio familiar, favoreciendo a quienes reciben una asignación de retiro mucho más alta y perjudicando a quienes reciben menos y tienen menos recursos para atender de una manera digna las necesidades de su familia, precisamente por una partida que pretendía exactamente lo contrario.

Tal violación al derecho a la igualdad es tan evidente, que no se entiende por qué los oficiales y suboficiales que gozan de un nivel salarial superior tienen derecho a percibir la prestación aquí reclamada, cuando los soldados profesionales que ostentan ingresos más bajos, no tienen derecho a recibirla dentro de la asignación de retiro, desconociendo que la **esencia de tal prestación es beneficiar a las personas de bajos y medianos ingresos con el fin de proteger la familia**, por tanto no existe justificación en el trato diferencial y se contrapone a los fines de la Constitución Política, por tanto se configura una flagrante violación a los principios de igualdad, equidad, solidaridad, universalidad, y como consecuencia de ello una total desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar, desprotegiendo a los Soldados Profesionales quienes son lo que perciben menos salario en el grupo de las Fuerzas Militares.

**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO****Caso concreto**

Se encuentra acreditado que al ex soldado profesional FERNANDO MONCALEANO CONDE, se le reconoció asignación de retiro mediante resolución N°. 1783 de fecha 11 de marzo de 2014, con efectos fiscales a partir del 15 de abril de 2014, la cual fue liquidada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta como partidas computables el 70 % del salario mensual, (Decreto 3068 de diciembre 30 de 2013), adicionado con un ítem y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad.

Que, según la hoja de servicios obrante a folio 82 vuelto, en el mes de diciembre de 2013 (previo a su retiro) devengaba los siguientes emolumentos salariales:

<u>Descripción</u>	<u>Porc.</u>	<u>Valor</u>
SUELDO BASICO		825.300,00
SUBSIDIO FAMILIAR	4.00	515.812,00
PRIMA DE ANTIG. SP	58.50	482.810,00
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	.00	10.938,00
BONIFICACIÓN ORDEN PUBLICO	25.00	206.325,00

Que, ante la no inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, el 22 de septiembre de 2016, el actor solicitó a CREMIL incluirlo en la asignación de retiro, conforme lo venía devengado en actividad por considerar que a voces del artículo 5° del Decreto 4433 de 2004, le asiste el derecho a que se le incluya dicho concepto salarial, petición que fue resuelta en forma negativa por la entidad demandada a través del acto administrativo demandado.

Ahora, como quiera que el demandante se retiró del servicio activo antes de 1° de julio de 2014 (fecha en que entró en vigencia el Decreto 1162 de 2014), es claro que, en principio, es destinatario de las previsiones contenidas en el Decreto 4433 de 2004, que fijó el régimen salarial y asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública, el cual consagra de manera taxativa las partidas computables.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el párrafo del artículo 13 y el artículo 6° del Decreto 4433 de 2004, violan postulados de raigambre Constitucional, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, deberán inaplicarse a fin de poder incluir dentro de la asignación de retiro del actor el subsidio familiar, en el porcentaje que tuviese reconocido a la fecha de retiro, toda vez que se encuentra acreditado que el actor percibía dicha prestación cuando estaba en servicio activo por tener un grupo familiar, al cual permanece en la actualidad.

Así las cosas, y de acuerdo a lo probado en el proceso y los fundamentos jurídicos relacionados, se establece que los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por ser contrarios a la Constitución Política y la ley, por tanto, se ordenará inaplicar el párrafo del artículo 13 y lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por violar el derecho a la igualdad, así como los principios rectores de la Ley 923 de 2004; lo anterior, con el fin de que se incluya dentro de la asignación de retiro del actor el subsidio familiar en el porcentaje que tuviese reconocido al momento de su retiro, en aplicación de lo previsto en el artículo 13.1.7. del Decreto 4433 de 2004, y no en los términos solicitados en la demanda⁴; a partir del momento

⁴ En la segunda pretensión se solicita el reconocimiento de la suma equivalente al 4% del salario básico mensual más el 100 de la prima de antigüedad (fol. 25 vto. y 26).



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

del reconocimiento de la prestación en atención a que no hay lugar a declarar la prescripción de pagos, en atención a que el reconocimiento de la asignación se efectuó el 11 de marzo de 2014 con ocasión de la expedición de la Resolución N°. 1783 acusada; y la petición de reconocimiento del subsidio familiar en la asignación de retiro se radicó el 25 de julio de 2016. En todo caso, la asignación mensual de retiro del actor no podrá inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como quiera que han prosperado en forma parcial las pretensiones de la demanda, se declararán no probadas las excepciones de fondo propuestas por la entidad accionada de conformidad con las motivaciones expuestas con antelación.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se condenará en costas a CREMIL y a favor de la parte actora, en razón a que dicha entidad ha sido vencida en el proceso, y se despachada desfavorablemente la excepción previa denominada "*Inepta denariis por indebido agotamiento de procedimiento administrativo*", para tal efecto, fíjese como agencias en derecho, la suma correspondiente al cinco por ciento (5%) de las pretensiones de la demanda. Lo anterior, atendiendo las pautas previstas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016. Por secretaría, liquídense.

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

FALLA

PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional para el caso concreto, el parágrafo del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por desconocer principios y postulados Constitucionales, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004; lo anterior con el fin de que se incluya dentro de la asignación de retiro del actor el subsidio familiar en el porcentaje que tuviese reconocido al momento de su retiro, de acuerdo con lo expuesto en parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad parcial de la Resolución N°. 1783 del 11 de marzo de 2014, en cuanto reconoció y ordenó el pago a favor del señor FERNANDO MONCALEANO CONDE, de la asignación de retiro de la cual es beneficiario sin la inclusión del subsidio familiar; así como la nulidad total del oficio N°. 00633464 CREMIL 62613 del 22 de noviembre de 2016, por el cual se negó la reliquidación de la aludida prestación, sin tener en cuenta dicha partida computable, de conformidad con las consideraciones plasmadas en parte motiva del presente fallo.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a reajustar la asignación de retiro reconocida al señor FERNANDO MONCALEANO CONDE, teniendo en cuenta el subsidio familiar en el mismo porcentaje que devengaba al momento de su retiro y pagadera a partir del momento del reconocimiento de la mentada prestación vitalicia conforme a lo expuesto en la parte motiva. En todo caso, la asignación mensual de retiro no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

CUARTO: Las sumas reconocidas devengarán intereses en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 192 del CPACA.

QUINTO: Condenar en costas a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y a favor de la parte demandante, para tal efecto, fíjese como agencias en derecho la suma correspondiente al cinco por ciento (5%) de las pretensiones de la demanda. Por secretaría, liquídense.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda, acorde con los planteamientos señalados en parte motiva.

SÉPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del numeral 2° del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

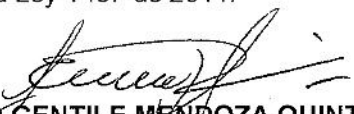
OCTAVO: En firme esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

La anterior decisión queda notificada en estrados, se advierte que las partes disponen de 10 días para interponer recurso de conformidad con el artículo 247 del C.P.A. y de lo C.A.

Se deja CONSTANCIA sobre el cumplimiento de las formalidades esenciales de cada acto procesal surtido en esta audiencia. La presente audiencia quedó debidamente grabada en sistema audiovisual, y hará parte del acta, obrando en CD/DVD que se rotulará con el radicado y partes correspondientes a este proceso.

De igual forma, se hace saber a las partes que la información de los asistentes a esta audiencia queda registrada en el formato de control de asistencia, el cual forma parte íntegra e inseparable del acta de esta diligencia.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por concluida siendo las 03:32 P.M. y se firma por quienes en ella hemos intervenido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 de la Ley 1437 de 2011.


ELABIO GENTILE MENDOZA QUINTERO

Juez


MARÍA MARGARITA TORRES LOZANO
Profesional Universitario

