



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
-CREMIL-
EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2017-00221-00

ACTA No. 195 de 2018
AUDIENCIA INICIAL ART. 180 C.P.A.C.A.

En la ciudad de Tunja, a los veintidós (22) días del mes de noviembre de 2018, siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), día y hora fijados en la providencia del 9 de octubre del presente año, se constituye el Juez Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO No. 15001-3333-006-2017-00221-00**, promovido por **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO**, en contra de **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**

Se informa a los asistentes que el orden de la audiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., será el siguiente:

1. Verificación de asistentes a la diligencia.
2. Saneamiento del proceso.
3. Resolución de excepciones previas y mixtas.
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
6. Medidas cautelares
7. Decreto de Pruebas.
8. *Sentencia de Primera Instancia, si se dan los respectivos presupuestos.*

Se advierte a las partes que sus actuaciones procesales deben acatar lo establecido en el artículo 78 del C.G.P., ya que de no observarse sus deberes, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 79, 80, 81 y 366 del C.G.P. en concordancia con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en caso de que llegasen a proponer excepciones previas, incidentes, recursos o nulidades con mala fe, injustificadamente o de forma temeraria. Lo anterior, conforme a la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A.

1. ASISTENTES

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

1.1. PARTE DEMANDANTE

- Apoderado: **ÁLVARO RUEDA CELIS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.110.245, y portador de la tarjeta profesional No. 170.560 del C.S. de la J.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
N y R N° 15001-3333-006-2017-00221-00
Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

sustituye poder a la abogada **ERIKA JULIETH GONZALEZ PINILLA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.055.650.609, y portador de la tarjeta profesional No. 286580 del C.S. de la J, la cual por reunir los requisitos de que trata los artículos 74 y 75 del CGP, se le reconocerá personería para actuar en los términos y para los efectos del memorial poder.

1.2.- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-

- Se allega poder al abogado **SANTIAGO ANDRES SALAZAR HERNÁNDEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.185.050, y portador de la tarjeta profesional 150.427 del C.S. de la J. al cual se le reconocerá personería para actuar en los términos y para los efectos del memorial poder.

1.3. MINISTERIO PÚBLICO

- **PAOLA ROCIO PEREZ SANCHEZ**, en calidad de Procurador 67 Judicial I Para Asuntos Administrativos.

**Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

INASISTENCIAS Y EXCUSAS

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado**. No obstante lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues su inasistencia no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso 2º del numeral 2º del artículo 180 C.P.A.C.A.

**Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se pone en conocimiento de las partes como del **Ministerio Público** que revisado nuevamente el expediente se advierte que éste despacho es competente para conocer del presente asunto (núm. 2º 155 del C.P.A.C.A.), las partes son capaces (art. 159 ídem y 54 C.G.P.) están debidamente representadas (art. 75 C.G.P.) y la demanda se notificó en debida forma (arts. 171 y 199 C.P.A.C.A., modificado por el 612 del C.G.P), además que se cumplen con los demás presupuestos procesales de la acción. No obstante, se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifiesten si advierten vicio o irregularidad alguna que afecte lo actuado hasta esta etapa procesal:

**Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

3. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

La entidad demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** al contestar la demanda presentó como excepciones las que tituló "**EXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO**", "**NO CONFIGURACIÓN A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD**", "**NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**", "**NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD**" Y "**PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO**" (fl. 42 y ss), de las cuales se corrió traslado de conformidad con el artículo 175 del C.P.A.C.A, (fl.64); ahora, después de observarlas en su contenido se advierte que no se enmarcan dentro de ninguna de las que deben resolverse en este estadio procesal, por lo que se absolverán con el fondo del asunto.

Así mismo, el Despacho no encontró excepción alguna que deba declarar en este momento, que sólo está previsto para que el Juez se pronuncie sobre las excepciones taxativamente previstas en el artículo 180 N° 6 del C.P.A.C.A.- *cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.- y las previas* enlistadas en el artículo 100 del C.G.P., norma aplicable en virtud de la remisión normativa del artículo 306¹ del C.P.A.C.A.

Lo anterior, sin perjuicio de que en la sentencia se decida sobre cualquier excepción que resulte probada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados. Estuvieron conformes con la decisión

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Para fijar el litigio objeto de pronunciamiento futuro de este despacho, es menester recordar a las partes que la apoderada judicial del señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO** en el libelo introductorio solicitó como pretensiones: **(i)** que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2016-68199 del 12 de octubre del 2016, que negó el reajuste del porcentaje de la partida de subsidio familiar que se viene liquidando en la asignación de retiro del demandante. *A título de restablecimiento pide* **(ii)** se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -Cremil-, reajustar el porcentaje de la partida de subsidio familiar que se le está computando en la asignación de retiro al demandante del 18, 75% al 62,5% de la asignación básica que tenía reconocido al momento del retiro del servicio; **(iii)** se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado; **(iv)** se ordene el pago de *los intereses moratorios* sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de pagar desde el instante en 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 del C.P.A.C.A.; **(v)** Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como agencias en derecho; y **(vi)**

¹ **Artículo 306. Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

Ordenar a la entidad demandada el cumplimiento de la sentencia que ponga fin al proceso en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA.

Se indaga a las partes si están de acuerdo con la síntesis efectuada por el Despacho.

- **Apoderada de la parte actora:** Conforme.
- **Apoderado de la parte demandada:** Conforme.
- **Ministerio Público:** Conforme.

Ahora bien en relación con los hechos en los que la parte demandante sustenta sus pretensiones de conformidad con lo previsto en el numeral 7º del artículo 180 del CPACA se indaga a las partes en relación con los mismos, aclarando que tal pronunciamiento no es una nueva oportunidad para contestar la demanda sino para lograr consensos.

- **Apoderada de la parte actora:** Se ratifica en todos los supuestos fácticos y jurídicos señalados en la demanda.
- **Apoderado de la parte demandada:** Se ratificó lo dicho en la contestación de la demanda.
- **Ministerio Público:** Conforme.

Escuchadas las partes y teniendo en cuenta las respuestas dadas a la demanda por parte de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, se tienen como hechos sobre los que no existe controversia los siguientes:

1. Que la entidad demandada reconoció la asignación de retiro del señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO** mediante resolución No. 1164 del 18 de febrero de 2016 (fls. 42).
2. Y en general los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y el agotamiento de la actuación administrativa (fl. 42).

Ahora, donde existe diferencia de criterio entre las partes, es en lo que tiene que ver con si se liquidó en debida forma la asignación de retiro del demandante y si hay lugar a incluir el concepto de subsidio familiar en el porcentaje que devengaba el demandante al momento de retiro.

Teniendo en cuenta lo anterior y los aspectos en los que hay diferencias el Despacho pretende resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. *¿Establecer si la entidad accionada efectuó de forma errónea el cálculo del valor de la asignación de retiro del accionante, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes base de liquidación?*
2. *¿Determinar si el señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO** en calidad de soldado profesional, tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro por parte de la **Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-** incluyendo como partida el 100% del **subsidio familiar** que venía percibiendo en servicio activo en igualdad de condiciones que el demás personal de las fuerzas militares y no sólo el 30 % que se tuvo en cuenta?*

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

3. ¿Si tal reconocimiento implica el ajuste previsto en el inciso 4 del artículo 187 del C.P.A.C.A. (indexación)?
4. ¿Igualmente, si es menester ordenar el reconocimiento y pago de intereses de mora sobre las sumas de dinero reconocidas, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.?

Atendiendo los problemas jurídicos esbozados el litigio que debe desatar el Despacho estriba en determinar si la parte demandada reconoció al señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO** en debida forma su asignación de retiro. En caso de ser negativa la respuesta, debe establecer si hay lugar a ordenar su reliquidación y disponer el reajuste. Así mismo, si la demandada debe cancelar, la actualización prevista en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, el pago de intereses moratorios conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A. y las costas procesales.

Se concede el uso de la palabra a las partes para que se pronuncien sobre la fijación del litigio expuesta por el despacho: **Las partes manifiestan estar conformes.**

**Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

5. CONCILIACIÓN:

A continuación, se le concede el uso de la palabra a las partes, para que manifiesten si les asiste ánimo conciliatorio, para solucionar sus diferencias en el presente proceso y si el caso fue sometido al Comité de Conciliación de cada una de las entidades.

- **Apoderado de la parte demandada -CREMIL-**, Manifiesta que el comité técnico de la entidad no tiene ánimo conciliatorio.
- **Apoderada de la parte actora:** solicita se declare fracasada la etapa conciliatoria.
- **Ministerio Público:** solicita se declare fracasada la etapa conciliatoria, y a consecuencia se continúe con el trámite de la audiencia.

Una vez escuchadas las partes, el Despacho declara fracasada esta fase de la audiencia, y en consecuencia se ordena seguir con el trámite establecido para esta audiencia.

**Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

6. MEDIDAS CAUTELARES.

En la presentación de la demanda no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia, por lo cual no existen medidas por resolver.

**Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
N y R N° 15001-3333-006-2017-00221-00
Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

7. DECRETO DE PRUEBAS:

7.1. PARTE DEMANDANTE

7.1.1. DOCUMENTALES APORTADAS:

Con el valor probatorio que les confiere la Ley, téngase como pruebas documentales las aportadas con la demanda, relacionadas en el acápite de pruebas y que obran a folios del 21 a 31.

7.2. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-

7.2.1. DOCUMENTALES:

Con el valor probatorio que les confiere la Ley, téngase como pruebas documentales las aportadas con la contestación de la demanda, relacionadas en el acápite de pruebas y que obran a folios del 47 a 63.

**Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

8. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS.

Advierte el Despacho que no existen pruebas por practicar, y las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para proferir decisión de fondo, en consecuencia se dará aplicación al inciso final del artículo 179 del C.P.A.C.A., para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión de las partes asistentes y seguidamente se dictará la sentencia que en derecho corresponda.

**Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Se concede el uso de la palabra a la parte demandante para que presente sus alegatos de conclusión:

-Apoderada de la parte actora: Hace uso de la palabra y solicita que se acceda a lo pretendido en la demanda. Minuto: 00:34:00.

-Apoderado de la parte demandada: Solicita negar las pretensiones de la demanda en el Minuto: 00:36:00

-Ministerio Público: Expone su concepto en el Minuto: 00:39:20 y a consecuencia señala que en el presente asunto de acuerdo a la normatividad se debe acceder a lo pretendido en la demanda.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

10. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Escuchados los alegatos presentados por la partes, de conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

10.1. Presentación del caso y planteamiento de los problemas a resolver

Conforme se expuso en la fijación del litigio los problemas jurídicos que deben resolverse son los siguientes:

1. ¿Establecer si la entidad accionada efectuó de forma errónea el cálculo del valor de la asignación de retiro del accionante, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes base de liquidación?
2. ¿Determinar si el señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO** en calidad de soldado profesional, tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro por parte de la **Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-** incluyendo como partida el 100% del **subsidio familiar** que venía percibiendo en servicio activo en igualdad de condiciones que el demás personal de las fuerzas militares y no sólo el 30 % que se tuvo en cuenta?
3. ¿Si tal reconocimiento implica el ajuste previsto en el inciso 4 del artículo 187 del C.P.A.C.A. (indexación)?
4. ¿Igualmente, si es menester ordenar el reconocimiento y pago de intereses de mora sobre las sumas de dinero reconocidas, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.?

Para resolver los problemas jurídicos planteados por el despacho se analizarán los siguientes ítems: **i)** Régimen jurídico aplicable a soldados profesionales; **ii)** Derecho a la Igualdad; **iii)** Marco jurídico del Subsidio Familiar para Soldados Profesionales; **v)** Excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad; y **iv)** Caso Concreto.

10.1.1. Régimen normativo del reconocimiento de la Asignación de Retiro a los Soldados Profesionales, y los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional.

El artículo 13 del **Decreto 4433 de 2004**, regula lo correspondiente a las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, incluyendo expresamente *el subsidio familiar y la Duodécima parte de la Prima de Navidad* liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, para el caso de los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, pero no lo mencionó para los Soldados Profesionales². Ahora, los artículos

² "ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

15 y 16 del Decreto 4433, establecieron el derecho a la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales y para los soldados profesionales respectivamente, determinando el régimen que les sería aplicable de acuerdo al tiempo de servicio y el porcentaje equivalente sobre el salario, para lograr la liquidación exacta del beneficio prestacional de retiro, fijando en común que dicha prestación se concederá tras 20 años de servicio, pero para aquellos se decretó una serie de porcentajes sobre las partidas computables, **mientras que para los soldados profesionales se señalaron tres criterios i) un único monto del 70%, ii) aplicable sobre el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del artículo 13 y iii) adicionado con un treinta 38.5% de la prima de antigüedad³. Es decir, evidentemente el decreto nombrado estableció diferencias en el régimen pensional aplicable a los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales del ejército Nacional. Y posteriormente en el año 2014 se expidió el Decreto 1162, el cual, consignó en favor de los soldados profesionales **la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez en un porcentaje del treinta por ciento (30%) del valor que este devengado en servicio.****

10.1.2. Derecho a la Igualdad

El artículo 13 Constitucional consagra la garantía de Igualdad⁴, tanto formal como material, frente a la protección y el trato de las autoridades; la mencionada disposición no solo establece una garantía, también impone la obligación al Estado de proteger a las personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales puedan ser objeto de algún tipo de discriminación.

Así las cosas, para que el Estado cumpla con su obligación, no solo es válido sino necesario que en algunos casos se dé un trato diferencial y positivo a las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, por lo que se entiende que no está proscrita la posibilidad de que el legislador introduzca regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa

³ 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

³ 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales. (Negrillas fuera de texto)

³ "Artículo 15. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables..."

"ARTICULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. 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 | que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes." (Negrillas fuera de texto)"

⁴ "ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

diferenciación se ajuste a los preceptos constitucionales. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

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

Adicionalmente, es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad, si los mismos persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios. Para verificar esto, la Corte suele utilizar un test de proporcionalidad, en el que se estudian algunos temas específicos, tales como la idoneidad de la medida, la validez del objetivo perseguido y la posible afectación a otros derechos fundamentales, de manera que al final puede tenerse certeza sobre la afectación o no del principio de igualdad.⁵

En el entendido de los argumentos antes citados, se tiene que los tratos diferenciados dispuestos por el legislador sólo pueden ser admisibles si persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios, siendo que para determinar su validez debe verificarse la idoneidad, la necesidad o validez y la posible afectación de otros derechos fundamentales que se deriven del trato diferenciado.

Planteamientos que comparte en su integridad el Despacho y que serán tenidos en cuenta al momento de resolver el presente asunto.

10.1.3. Marco jurídico y jurisprudencial del Subsidio Familiar para Soldados Profesionales

El Subsidio Familiar es una prestación social instituida en favor de los trabajadores de medianos y menores ingresos, con la finalidad de morigerar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Constituyendo un pago en dinero, especie y servicio.

En lo que tiene que ver con la naturaleza del subsidio familiar, la Corte Constitucional entre otras, en la Sentencia T- 712 de 2003, la señaló:

"El subsidio familiar es considerado como una especie del género de la seguridad social regido, por lo tanto, por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad incorporados en el artículo 49 de la Carta Política. Constituye, por ende, una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno.

-Es una prestación social cuya finalidad es la de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. Su objetivo no es entonces retribuir directamente el trabajo, como sí lo hace el salario⁶"

Ahora bien, el subsidio familiar para los **soldados profesionales** se estableció, a través del Decreto No 1794 de 2000 el cual señala en su artículo 11 lo siguiente:

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T – 141 de 2013

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-712 de 15 de agosto de 2003; M.P. Jaime Córdoba Triviño

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00
Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

"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."*

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 fue derogado por el artículo 1 del Decreto 3770 del 2009, manteniendo el beneficio en favor de los militares que a la entrada en vigencia de dicha norma se encontraran percibiéndolo, disponiendo lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. *Derogase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.*

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

PARÁGRAFO SEGUNDO. *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"*

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, que se refiere al régimen pensional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública, en su artículo 13º consagra la forma de liquidación de esta prestación para los soldados profesionales, de la siguiente manera:

"Artículo 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

...

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Se resalta de las normas citadas que, a los soldados profesionales no se les incluyó el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro; mientras que sí se contempló para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Sobre el problema jurídico planteado el Consejo de Estado⁷ se ha pronunciado, señalando que la medida establecida por el Gobierno Nacional en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, reglamentario de la Ley 923 de 2004, no persigue un objetivo constitucional que resulte legítimo, importante e imperioso, por lo que más bien representa un trato discriminatorio no justificado constitucionalmente frente a los soldados profesionales, al no incluir el subsidio familiar como una partida computable en sus asignaciones de retiro,

⁷ Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Expediente núm. 2014-02292-01. Acción de tutela del 11 de diciembre de 2014. Consejera ponente: doctora María Elizabeth García González.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

como sí lo hizo para el caso de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Así lo señaló la Subsección "B" de Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de tutela del 17 de octubre de 2013 proferida dentro del proceso radicado AC-11001-03-15-000-2013-01821-00⁸, cuando decidió tutelar el derecho a la igualdad de un soldado profesional a quien le fue negada la inclusión del subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro, ordenando al Tribunal accionado inaplicar por inconstitucional la disposición contenida en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y en consecuencia conceder las pretensiones de la demanda. En esta providencia la Sala señaló lo siguiente:

"...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 en 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 las 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. ..."

La anterior tesis fue reiterada por El Consejo de Estado; entre otras, en sentencia del 27 de octubre de 2016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda-Subsección A-Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14). Actor: Armando Guarín Cujaban. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Ahora, igual consideración ha merecido el tema para el Tribunal Administrativo de Boyacá, Corporación que ha señalado que existe un trato desigual por la falta de inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales. En efecto, el Tribunal ha dicho:

*"no efectiviza los principios y derechos constitucionales referenciados, como tampoco existe proporcionalidad entre el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad, porque el alcance Constitucional que se le ha dado al subsidio familiar, es el de una prestación social legal de carácter laboral, que beneficia a las personas de bajos ingresos con el fin de proteger la familia, sin importar a que familia pertenezca, - Si a la del Soldado o al del Oficial o Suboficial-; por lo que pretende desconocer la institución de la familia, los derechos de los niños y la condición económica del Soldado, se configura una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad, y universalidad y consecuente desnaturalización de la razón del ser del subsidio familiar"*⁹.

Más recientemente sobre el tema dijo:

⁸ M: P. Berta Ramírez.

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión N° 1. Sentencia de 28 de abril de 2014. Exp. 15001333301220120013301, M.P. Fabio Ivan Afanador

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

"...Sin embargo, en lo que respecta específicamente al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual establece un trato diferencial entre los soldados profesionales y los suboficiales, al prohibir a los primeros la inclusión del subsidio familiar, para efectos de liquidar la asignación de retiro, mientras que para los segundos lo estableció como permitido, encuentra la Sala una flagrante violación al derecho a la igualdad, toda vez que al analizar la norma y el espíritu de esta prestación, no se encontró fundamento racional y objetivo que permita colocar en un plano de mayor protección a las familias de los oficiales y suboficiales frente a las familias de los soldados profesionales, ello teniendo en cuenta, que como ya se estudió, la esencia del subsidio familiar consiste en aliviar a los trabajadores de medianos y menores ingresos las cargas económicas derivadas del sostenimiento de sus seres queridos, lo que en otras palabras significa brindar una protección especial a las familias que por sus bajos ingresos se encuentran en un mayor estado de vulnerabilidad."¹⁰ (Subrayado fuera de texto).

Sumado a lo anterior, no se puede perder de vista que el Gobierno Nacional en el año 2014 expidió el Decreto 1162, el cual, consignó en favor de los soldados profesionales el subsidio familiar en los siguientes términos:

"... Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan..."
(Negrilla fuera del texto)

10.1.4. Excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad

La figura de la «excepción de ilegalidad» se circunscribe a la posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de inaplicar, de oficio o a solicitud de parte, dentro del trámite de una acción o medio de control sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior.

Esta potestad del juez de lo contencioso se deriva del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 148. Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión N° 5. Sentencia de 29 de septiembre de 2016. Exp. 15001333301220140024601, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

cual se adopte.».

Según lo señalado por el Consejo de Estado en reciente sentencia del 18 de julio del 2018¹¹:

“La figura de la «excepción de ilegalidad» es connatural a la decisión del Constituyente de poner en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad del actuar de la Administración Pública, y constituye una clara materialización de los principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica y unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico.

En efecto, la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa es de rango constitucional: sobre el particular, los artículos 236 a 238 atribuyen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función”.

El ordenamiento jurídico en Colombia supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. En diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. El artículo 4° de la Constitución señala: *“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”.* De la propia Carta se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. A esta conclusión se arriba de la lectura de distintas disposiciones, entre otras, aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al Presidente frente a ley. En efecto, esta disposición le impone *“promulgar la leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento” (numeral 10°), y “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (numeral 11°).*

El Consejo de Estado en la sentencia antes mencionada¹² al referirse a la jerarquía de la ley enseñó:

“Asimismo, en virtud de los principios de unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico, la jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Por lo tanto, las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular, en aras de lograr la «coherencia interna» del sistema jurídico”.

De la citada jerarquía normativa de nuestro sistema legal, necesariamente se desprende la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias, de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Es por tanto plausible que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, sean implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas; en ese sentido, la jurisdicción de lo contencioso ostenta la facultad de inaplicar las normas de inferior rango

¹¹ Sentencia con radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) del 18 de Julio de 2018 CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹² Ibídem

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

que resulten contradictorias a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, de conformidad con el artículo 148 del CPACA ya citado.

Sobre la excepción de ilegalidad señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2000:

"De la condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irroperaran tal orden, sería constitucional."

De otro lado, cuando se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la producción de sus efectos por contrariar la Constitución Política. Dicha figura tiene soporte jurisprudencial en la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-122 de 2011, en la que se señaló:

"La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 40 de la Constitución, que establece 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..."(...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución."

De lo anterior, se advierte que las facultades de aplicar la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad pueden hacerse de oficio, pero sus efectos son inter partes y siempre sobre la base de una argumentación sólida que evidencie el flagrante desconocimiento de preceptos constitucionales y legales.

Así las cosas, de la manera como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado lo refieren en precedencia, de darse los presupuestos, así se dispondrán en la parte resolutoria de

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

esta providencia, especialmente, en cuanto a la inaplicación del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 del 2014.

11. Caso Concreto

EL señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO** a través de apoderado señala que tiene Derecho a que se le incluya en su asignación de retiro el porcentaje del 100% de la partida de subsidio familiar (62.5 %) que percibió en servicio activo en aplicación del numeral 13.1.7 del artículo 13 del decreto 4433 del 2004 y no el 30% (18.75%) de dicho concepto que le fue computado con fundamento en el Decreto 1162 del 2004, solicitando que se aplique la norma más favorable. Así mismo, se pague la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha que se reconozca el derecho precitado; se paguen intereses moratorios sobre los dineros dejados de pagar provenientes del reconocimiento, desde que se generó el derecho de la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos señalados en El artículo 187 y 195 del C.P.A.C.A; y se condene en costas a la demandada.

Por su parte, la entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda, en el acápite de antecedentes facticos y normativos refiere lo siguiente; *"...Al respecto es preciso señalar que no le corresponde a esta Caja, efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, siendo del caso indicar que los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares tienen una disposición especial, los miembros de la policía Nacional cuentan con otras disposiciones, el personal civil tiene otras disposiciones y los soldados profesionales también cuentan con su regulación especial sobre la materia; debiendo la Entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales disposiciones y de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde; sin embargo es preciso señalar que el derecho a la igualdad, solo se predica entre iguales..."* (fl.45) por lo cual, señala que dicha entidad actuó conforme a derecho y el acto demandado goza de la presunción de legalidad.

Ahora bien, dentro del proceso se encuentran acreditados los siguientes aspectos:

- Que mediante Resolución N° 1164 del 18 de febrero del año 2016, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, ordena el reconocimiento de la asignación de retiro del señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO**, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, efectiva a partir del 30 de marzo de 2016. (fls. 29 Y 30)
- Que la parte actora el día 28 de septiembre de 2016 solicitó a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, la reliquidación de su asignación de retiro para que se reajustara la partida de subsidio familiar de un 18.75% de la asignación básica a un 62.5% que tenía reconocido al momento del retiro. (fl. 22 y ss).
- Que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, mediante oficio con consecutivo N° 2016-68199 del 12 de octubre del 2016, niega la solicitud del accionante. (fl. 25).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

- Que la parte actora en servicio activo percibió el **subsidio familiar** en un porcentaje del 4% del sueldo básico más lo recibido por prima de antigüedad (fl. 28 Y 56 Vto).
- Que el demandante se encuentra casado con la señora **ALBA LUCIA LOPERA RESTREPO**, según consta en la Resolución N° 1164 del 18 de febrero del 2016 que reconoció su asignación de retiro (fl. 29).

De lo anterior se logra establecer, que se reconoció a favor de la parte actora asignación de retiro de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y el artículo 1° del Decreto 1162 del 2014 en cuantía de:

- Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.
- 38.5% de la prima de antigüedad.
- 30 % del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1162 del 2014. (fl. 27).

Con los anteriores elementos de juicio corresponde al Despacho entrar a resolver los problemas jurídicos expuestos en precedencia.

En ese sentido, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente y las normas vigentes, se encuentra plenamente acreditado que el señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO** devengó en servicio activo la partida de **Subsidio familiar** en un 4% del sueldo básico más lo percibido por prima de antigüedad (fl. 28 a 56 vto), la cual generaba sustento para su familia, y que al momento de recibir su asignación de retiro, dicho factor salarial sólo se incluyó en un 30% (fl. 27 y 29).

En el caso bajo examen, encuentra el Juzgado que no es factible dar aplicación al principio de favorabilidad¹³ como lo solicita el demandante, pues no existen dos normas disimiles que contemplen la inclusión del subsidio familiar en la base de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Por otra parte, de acuerdo a las normas citadas y los lineamientos jurisprudenciales referidos en precedencia, se evidencia un quebrantamiento del principio constitucional de la igualdad entre los miembros de la fuerza pública (oficiales y suboficiales, en relación con los soldados profesionales), que determina la viabilidad de incluir el 100 % del subsidio familiar devengado por el soldado profesional antes de su retiro del servicio como partida base para reconocer su asignación, lineamiento plenamente acogido y reiterado por el Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia del 17 de mayo del 2018¹⁴ con ponencia del magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas, y por el Tribunal

¹³ El principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, es decir opera en los casos en (i) Que exista controversia respecto de la aplicación de dos normas, ó en caso de (ii) Que exista una sola norma que admite diversas interpretaciones.

¹⁴ Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, del 17 de mayo de 2018 magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número 15001-23-33-000-2014-00179-01(1849-17)

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

Administrativo de Boyacá¹⁵ en providencia del 28 de junio del 2018 con ponencia de la magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz

En ese orden de ideas, reitera el Despacho que la entidad demandada al omitir incluir el **100% del subsidio familiar** como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro del demandante, infringió y desconoció el derecho a la igualdad. De tal modo, que los postulados del artículo 1 del Decreto 1162 del 2014 imponen un trato diferenciado entre los integrantes de las fuerzas militares, esto es; los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, trato que no tiene justificación alguna, en tanto, son los soldados profesionales los destinatarios de la norma con mayor derecho, producto del riesgo al que se ven abocados día a día, y de la baja remuneración otorgada por la prestación de sus servicios.

En consecuencia siguiendo los lineamientos jurisprudenciales señalados en precedencia y en aplicación al principio de igualdad, resulta procedente la inclusión del 100% del subsidio familiar en la base de liquidación del actor, razón por la cual se inaplicarán en el caso en concreto el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y la expresión "*el treinta por ciento (30%) de dicho valor*" contenida en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

De lo anterior se concluye entonces, que la parte demandante tiene derecho a la inclusión del 100% de la partida de subsidio familiar en su asignación de retiro. Así, de conformidad con las certificaciones que obran a **folios 28 a 56 vuelto del expediente**, el accionante percibió en servicio activo **el subsidio familiar en un porcentaje del 4% incrementado con el monto de la prima de antigüedad**, por ende éste concepto debe ser tenido en cuenta en su totalidad para reajustar su asignación de Retiro; pues de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle su asignación de retiro sólo se tuvo en cuenta el **70% del salario mensual (Decreto 2552 de 2015), indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000), el 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar (fls. 31 y 64 vuelto).**

En conclusión, señala el Despacho que se **declarará la nulidad del Acto Administrativo No. 2016-68199 del 12 de octubre de 2016, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"** pues al señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO** le asiste el derecho a la inclusión del 100% de la partida de subsidio familiar en su asignación de retiro. Así mismo, que se cancele la diferencia que resulte de la reliquidación ordenada en los términos del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

De otro lado, y atendiendo las resultas del proceso el Despacho no realizará pronunciamiento alguno frente a las excepciones propuestas por la entidad demandada, las cuales se encontraban enfocadas a señalar que se había tenido en cuenta el concepto de subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del demandante y que por tanto no se vulneraba el derecho a la igualdad, gozando de legalidad el acto demandado, medios de defensa que no pueden prosperar por cuanto como se señaló en precedencia la normatividad que contempla el concepto de subsidio familiar en un 30% como partida computable en la asignación del demandante es contraria al ordenamiento jurídico, por establecer un trato que no tiene justificación alguna, en tanto, son los

¹⁵ Sentencia del 28 de junio del 2018 Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala de Decisión No. 3 Expediente: 150013333010201700006-01; M.P Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

soldados profesionales los destinatarios del subsidio familiar con mayor derecho, producto del riesgo al que se ven abocados día a día, y de la baja remuneración otorgada por la prestación de sus servicios, por lo que resulta viable hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, en los términos señalados en este fallo, y acceder a las pretensiones propuestas

12. Prescripción

En relación a la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, debe decir el Despacho que el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹⁶ y 174¹⁷ de los Decretos 2728 de 1968¹⁸ y 1211 de 1990,¹⁹ la regulan y establece un término cuatrienal. Así las cosas, en el presente asunto se observa que al demandante se le reconoció la asignación de retiro con efectos fiscales a partir del **30 de marzo de 2016** y la solicitud de reajuste de la asignación para que se le incluyera el 100% de la partida de subsidio Familiar. (fl. 29) fue presentada el **28 de septiembre de 2016**, por lo cual no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción. En razón a ello, se ordenará el reajuste de la asignación del accionante, con efectos fiscales **a partir del 30 de marzo de 2016**.

13. Aportes a Seguridad Social: Finalmente, es del caso resaltar que sobre la reliquidación ordenada se ordena realizar los descuentos respectivos por aportes a seguridad social, siempre y cuando no se hayan efectuado dichas deducciones.²⁰

14. El ajuste al valor: La suma que resulte deberá ser ajustada, en los términos del inciso final del Art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación de la asignación de retiro, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

¹⁶ "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

¹⁷ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹⁸ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹⁹ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

²⁰ Sentencia del 26 de julio del 2018 Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala de Decisión No. 3 Expediente: 15238 3333 001 2017 00026-01; M.P Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
N y R N° 15001-3333-006-2017-00221-00
Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

15. Los intereses: Por último, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"** pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

16. El cumplimiento de la decisión judicial: La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, en acto motivado, dará cumplimiento a la sentencia que resuelve definitivamente la controversia. Dicho acto se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en vía gubernativa, para resolver en cuanto sea posible en sede administrativa, las diferencias que puedan resultar.

17. Costas.

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, en consideración a las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección "A" C.P: William Hernández Gómez. Fecha siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01 No. Interno 1291-2014.

El Despacho condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, en la medida que en el expediente se probó su causación, toda vez que la parte actora sufragó los gastos de notificación (fl.36 y designó apoderado para obtener el reajuste de la asignación de retiro. Las costas serán liquidadas por Secretaría y para el efecto debe seguirse el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Como agencias en derecho se reconoce la suma **\$239.762** que corresponde al 4% de la estimación de la cuantía indicada en la demanda (**\$5.994.068**), de conformidad con el numeral 3.1.2 del Acuerdo PSAA 16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

1.- DECLARAR no probadas las excepciones denominadas "**EXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO**", "**NO CONFIGURACIÓN A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD**", "**NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**", "**NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD**" Y "**PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO**", propuestas por la apoderada de la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2.- Inaplicar por inconstitucional e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y la expresión "*el treinta por ciento (30%) de dicho valor*" contenida en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, por las razones expuestas en esta sentencia.

3.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **No. 2016-68199 del 12 de octubre de 2016 (fl. 25)**, expedido por la **CAJA DE RETIRO**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL- por medio del cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante, como se indicó en precedencia.

4.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento **ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** reajustar la asignación de retiro del señor **JAIRO ENRIQUE OSPINA GALLEGO**, identificado con C.C. N° 71.188.742, a partir del 30 de marzo del 2016, con efectos fiscales a partir de la misma fecha, incluyendo como partida computable **el total de lo percibido en actividad como subsidio familiar**, conforme a las motivaciones dispuestas en la parte considerativa de esta providencia.

5.- Del valor total liquidado a favor del demandante, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** deberá **DESCONTAR**, las sumas correspondientes a aportes al Sistema de Seguridad Social.

6.- Condenar a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** a pagar la indexación de las sumas adeudadas, de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemáticas financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

7.- Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

8.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

9.- Condenar en costas a la parte vencida –demandada-, y a favor de la parte demandante. Por Secretaría liquídense. Inclúyase como agencias en derecho la suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$239.762)**.

10.- En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

11.- Por Secretaría y una vez adquiera firmeza la presente sentencia expídase copia auténtica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte demandante.

12.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI Web". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-3333-006-2017-00221-00

Demandante: Jairo Enrique Ospina Gallego

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

- **Apoderado de la parte demandada -CREMIL-**, Interpone recurso de apelación.
- **Apoderada de la parte actora:** Conforme con lo decidido.
- **Ministerio Público:** Conforme con lo decidido.

Este Despacho conforme al trámite propuesto en el ARTÍCULO 247 accede al recurso propuesto y a consecuencia solicita al apoderado de la entidad apelante sustentar dicho recurso dentro de los diez (10) días siguientes a la presente decisión.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados. Estuvieron conformes con la decisión

18. Control de legalidad

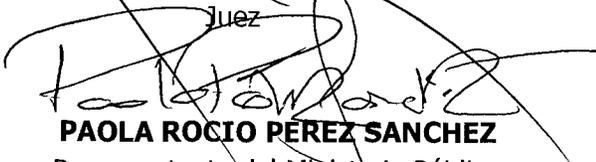
En concordancia con el artículo 207 del C.P.A.C.A., el Despacho **NO** advierte la existencia de alguna irregularidad o vicio que acarreen nulidades de lo actuado hasta esta etapa procesal. No obstante lo anterior se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifiesten al respecto.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados. Quienes informan que no advierten vicios o irregularidad que deba ser saneada.

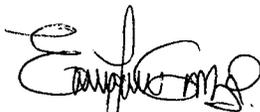
No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 10:35 am y se firma por quienes intervinieron en ella.


HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA

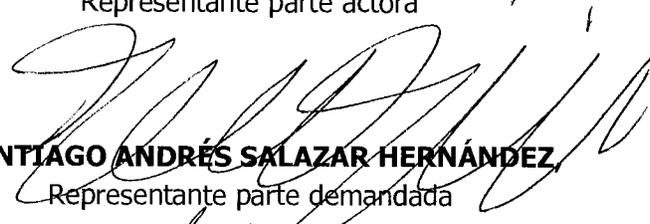
Juez


PAOLA ROCIO PÉREZ SANCHEZ

Representante del Ministerio Público


ERIKA JULIETH GONZALEZ PINILLA

Representante parte actora


SANTIAGO ANDRÉS SALAZAR HERNÁNDEZ,

Representante parte demandada


OSCAR FERNANDO NIÑO DIAZ

Secretario Ad-Hoc

