



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA
 Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

JUEZ: DRA. ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRIGUEZ

REF: EXPEDIENTE No. 15001-33-33-007-2014-00158-00
ACTOR: WILLIAM BURGOS DIAZ
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Tunja, veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría el 15 de febrero de 2016¹, a efectos de dictar sentencia, toda vez que se reúnen los presupuestos procesales y no hay presencia de causas de nulidad que invaliden lo actuado.

I. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

WILLIAM BURGOS DIAZ mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho², solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No.2013-37171 de 15 de Julio de 2013, por medio del cual la Caja de Retiro de las fuerzas militares le negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar como partida computable dentro de su asignación de retiro.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho solicitó: (i) La reliquidación de la Pensión de Jubilación con inclusión

¹ Informe visto a folio 162 del expediente.

² Previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-.

del subsidio familiar como partida computable; (ii) Ordenar el pago de los valores que resulten de forma indexada y los intereses moratorios sobre los mismos; y (iii) Condenar en costas.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS³:

Señaló el demandante que prestó su servicio en el ejército nacional por 20 años y que en razón a su matrimonio le fue concedido el subsidio familiar en un porcentaje del 62.5%. Por cumplimiento de requisitos, la entidad demandada mediante Resolución No. 521 de 23 de Febrero de 2012 le reconoció la asignación de retiro, sin que dentro de la misma se incluyera el subsidio familiar.

Por lo anterior se presenta la respectiva petición, la cual, fue contestada a través del oficio demandado, negando la inclusión de dicha partida dentro de su asignación.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El demandante indicó que la Entidad demandada vulneró los artículos 1, 4, 13, 42, 53, de la Constitución Política; Ley 923 de 2004, artículo 2 y 2.7; decreto 4433 de 2004, artículos 2 y 5. Por tanto el acto acusado está viciado de nulidad al omitir la aplicación de la normatividad en mención en relación con la liquidación de la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar

II. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue presentada el 10 de Julio de 2014⁴; la cual fue admitida mediante auto de fecha 15 de enero del 2015⁵.
2. Dentro del término de traslado⁶ la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se pronunció respecto de la demanda.

2.1. De La Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares - CREMIL (Fls. 55-58).

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones indicando que la caja de retiro actuó de conformidad con la normatividad vigente para el caso en concreto, atendiendo los criterios legales y jurisprudenciales aplicables a la solicitud. Señala que para el caso no es posible incluir el subsidio familiar

³ Folios 3 del expediente.

⁴ Folios 40 del expediente

⁵ Folios 43-45 del expediente

⁶ Según constancia secretarial visible a folio 54 del expediente el término de traslado de la demanda venció el 01 de julio de 2015.

como partida computable dentro de la asignación de retiro toda vez que el legislador no contempla porcentajes por este concepto.

Además de lo anterior señala que no se violenta el derecho a la igualdad por cuanto el tratamiento dado al demandante es el mismo que se le ha dado a los demás solicitantes de la asignación de retiro, así como tampoco existe causal de nulidad, pues ninguna de las causales señaladas por el artículo 137 del C.P.A.C.A., se configura en el acto administrativo demandado.

Propuso las siguientes excepciones que se estudiarán con el fondo del asunto:

-Legalidad de las actuaciones efectuadas y correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes: La entidad demandada en su contestación señaló que las fuerzas militares en Colombia gozan de un régimen de carrera, prestacional y disciplinario especial, el cual es autónomo y diferente del régimen general que aplica para los demás trabajadores, situación consagrada en el Art 217 inciso 3 de la Carta Constitucional; además de contar con normatividad propia para aplicar.

-Carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar: la parte demandada refiere que la jurisprudencia de la Consejo de Estado y la normatividad de forma expresa establece los requisitos para acceder a la asignación de retiro (Art. 1 Decreto 1211/90-Art. 13 Decreto 4433/2004), y en ningún momento se contemplan factores adicionales como lo es el de subsidio familiar; adicionando sustento a la contestación, citan el que no esté incluida tal prestación en la hoja de servicios militares del accionante. (Arts. 234 Y 235 Decreto 1211/90).

-No configuración de violación al derecho a la igualdad: Se arguye que no puede tomarse como absoluto el derecho consagrado en el Art. 13 de la CN, ya que no se parte del supuesto de plena identidad entre individuos, por el motivo que el derecho a la igualdad solo se predica entre iguales, razonamiento que no se refleja en el caso en cuestión; porque los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares tienen una disposición especial y particular aplicable solo a estos.

-No configuración de causal de nulidad: El acto administrativo demandado no se encuentra inmerso en ninguna de las causales de nulidad consagrados en el artículo 137 del C.P.A.C.A.

3. El 22 de septiembre de 2015, se realizó audiencia inicial⁷ en cumplimiento del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hasta la etapa probatoria, momento en el cual se reconocen como

⁷ Folios 103-105 del expediente.

pruebas los documentos aportados con la demanda y se decretaron documentales de oficio.

4. El 28 de enero de 2016 se realizó audiencia de pruebas⁸ en la cual se declaró precluida esta etapa procesal; posteriormente se ordenó la presentación de alegatos por escrito en cumplimiento de las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. Dentro del término concedido para alegar de conclusión, se pronunció el ministerio público y la parte actora, por lo que el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia⁹.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si al demandante como soldado profesional y miembro de la fuerza pública le asiste derecho a la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, en aplicación del principio de igualdad.

3.2. Marco Jurídico y jurisprudencial.

A fin de resolver el proceso de la referencia, el Despacho considera indispensable precisar sobre los siguientes aspectos: i) Marco jurídico del reconocimiento de la Asignación de Retiro de los Soldados Profesionales, ii) Partida de Subsidio Familiar para los Soldados Profesionales; iii) Naturaleza Jurídica del Subsidio Familiar; iv) Caso Concreto

3.2.1. Marco jurídico del reconocimiento de la Asignación de Retiro de los Soldados Profesionales.

El Decreto 1794 del año 2000, por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, estableció:

“ARTÍCULO 39. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993.

⁸ Folios 132-133 del expediente.

⁹ Folio 114 del expediente.

El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. Adicionalmente, durante el primer trimestre de cada año a partir del año 2002 la Nación aportará el equivalente a un salario mensual base de cotización por cada afiliado que se encuentre en servicio activo al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

Los soldados a que se refiere este decreto, que asciendan a rango de suboficiales, continuarán sujetándose al régimen de pensiones previsto en el presente artículo.

PARAGRAFO 1. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.

PARAGRAFO 2. Cuando haya lugar al reconocimiento de la pensión por invalidez o muerte, cualquiera que sea el origen, la administradora de fondos de pensiones iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión, utilizando para el efecto, en primera instancia, la cuenta de ahorro individual. En caso de que los recursos de dicha cuenta resulten insuficientes, la Nación pagará mensualmente el faltante con cargo al Presupuesto General de la Nación. Por consiguiente, no habrá lugar a la cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional para pensiones ni a la contratación de un seguro de invalidez o muerte”

La anterior disposición fue derogada por el artículo 45 del Decreto 2073 de 2003, que posteriormente fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-432 de 2004, de la Corte Constitucional, quedando nuevamente en vigencia las disposiciones efectuadas en el Decreto 1794 de 2000.

Por su parte con la expedición del Decreto 4433, en su artículo 45 se deroga definitivamente el artículo 39 del Decreto 1794 de 2000, a partir del primero de enero de 2005, el cual hace la precisión que se habla de asignación de retiro y no de pensión, como lo venían haciendo las anteriores normas, y entra a regular lo correspondiente a las partidas computables para la liquidación de dicha asignación, incluyendo a los soldados profesionales de la siguiente manera:

“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:

(...)

13.2 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.*

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)*

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 4433, estableció el derecho a la asignación de retiro para los soldados profesionales, 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, en los siguientes términos:

*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)

El anterior artículo, estableció los factores que se debían utilizar como base para la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, estableciendo las situaciones aplicables para cada uno.

3.2.2. Partida de Subsidio Familiar para los Soldados Profesionales.

El Subsidio Familiar para los soldados profesionales se creó con el Decreto 1794 de 2000, sin embargo no se hizo la precisión de si éste reconocimiento se efectuaría para los soldados profesionales en servicio activo, o para los retirados del servicio, así lo vemos en el artículo 11 que dispone:

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.”(Negrillas fuera de texto)

El anterior artículo posteriormente fue derogado por el Decreto 3770 del 25 de septiembre de 2009, haciendo la precisión que se tendría beneficio al subsidio familiar sólo en servicio activo, el mencionado artículo estableció 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.”(Negrilla y subrayas del Despacho)

De conformidad con lo anterior, el beneficio de percibir el Subsidio familiar únicamente tendría vigencia hasta el momento del retiro, es decir al momento del reconocimiento de la asignación de retiro.

3.2.3. Naturaleza Jurídica del Subsidio Familiar.

El Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN - en providencia del doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009) - dentro del expediente número: 25000-23-25-000-2004-09478-02(2504-07) - Actor: Luis Alberto Rincón Ochoa - Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerza Aérea Colombiana, hace la precisión acerca de la Naturaleza del Subsidio Familiar en los siguientes términos:

“SUBSIDIO FAMILIAR - Naturaleza jurídica y normatividad / SUBSIDIO FAMILIAR - Definición. Finalidad

(...). De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera: “ARTICULO 1o. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. Parágrafo. Para la

*reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.”. “ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso”. Se tiene entonces, que **el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia.** En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, **ha considerado la Corte Constitucional, quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio.***

Es claro entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad. El subsidio familiar puede otorgarse en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo, por la cual el beneficiario tiene derecho a la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la Ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades contemplado en la Ley. (Negrilla y Subrayas del Despacho)

De conformidad con lo anterior, es claro que el subsidio familiar fue establecido con la finalidad de crear un soporte monetario a aquellas personas que devengaban salarios bajos, con el fin de garantizar el sostenimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Ahora bien, la parte demandante plantea un desconocimiento al principio de igualdad, el cual se vislumbra entre tres grupos de personas, **oficiales, suboficiales y soldados profesionales**, en lo referente a la inclusión del **subsidio familiar como partida para la liquidación de la asignación de retiro**; al respecto es del caso hacer las siguientes precisiones:

Es reiterada y abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de precisar que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad que el legislador introduzca regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferenciación se ajuste a los preceptos constitucionales. Así, en diferentes oportunidades, abordando distintos tipos de cuestiones, la Honorable Corporación sostiene:

“se considera que un trato diferente no implica automáticamente una violación de la igualdad, siempre y cuando el Estado persiga objetivos constitucionales legítimos, y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución de tal objetivo. Pero si dicho trato diferente no está justificado, tal actuación contraviene el ordenamiento superior. , y que “no toda diferencia en el trato que se otorga a un grupo de empleados frente a otro constituye discriminación; si la diferencia en cuanto a la remuneración obedece a distinta cantidad de trabajo, a las condiciones en que uno y otro grupo labora, o a calificaciones y situaciones personales diversas, la diferencia salarial no puede calificarse como discriminatoria, pues tiene como base una o más diferencias objetivas y relevantes entre los miembros de uno y otro de los grupos de trabajadores comparados.

También agrega que

“Es conveniente anotar que no toda diferencia de trato conduce inevitablemente a la vulneración del derecho a la igualdad, haciéndose indispensable entonces, distinguir en cada caso concreto, sujeto a la consideración de los jueces de tutela, entre las diferencias que se hallan razonables y objetivamente fundadas y la discriminación que carezca de la aludida justificación, la cual se traduce en una conducta arbitraria e injusta que contradice la dignidad humana y obviamente la igualdad y que “El trato diferenciado en dos situaciones de hecho distintas se justifica. La doctrina y la jurisprudencia, han planteado que un trato diferenciado no constituye una discriminación, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada”¹⁰.

En aplicación del referente jurisprudencial, el Despacho evidencia que los tres grupos de personas, **oficiales, suboficiales y soldados profesionales**, hacen parte de las fuerzas militares, y si bien los tres pueden ser diferentes jurídicamente, en cuanto rango - jerarquía, funciones, valor de asignación básica y porcentajes en algunas partidas, etc.; no por ello, merecen un trato diferenciador en lo que atañe a los beneficios y alivios creados en torno a la familia como núcleo fundamental de la sociedad; pues, respecto de éste tópico no hay diferencia alguna que pueda ser aplicada, máxime cuando se reconoce tal connotación a todos por igual en servicio activo, sin importar el porcentaje, precisamente por encontrarse estructurado el imperativo de la necesidad cuando existe la familia, la que no desaparece por el hecho de adquirir el status de retirado; por lo tanto, no es aceptable desde el punto de vista constitucional, que el subsidio familiar sea devengado por los soldados profesionales solamente

¹⁰T-587/06

hasta su retiro, mientras que oficiales y suboficiales sí pueden seguir percibiéndolo, cuando tanto los unos como los otros siguen ostentando los requisitos para tener derecho a tal prestación. Al respecto el Tribunal Administrativo de Boyacá en un caso de iguales pretensiones dijo:

“(...) de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se extrae que los preceptos que comprenden la viabilidad de un trato disímil son los siguientes: (i) que las personas sujetas al trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad, que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que persigue y el trato desigual que se otorga tenga racionalidad interna y, (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente las circunstancias de hecho y la finalidad.

En efecto, al observar la distinción planteada por el Decreto 4433 de 2004, entre los miembros de las Fuerzas Militares, concluye la Sala que los presupuestos que posibilita la aplicación de esta praxis diferencial, no se llevan a cabo en el sub examine, toda vez que en relación al subsidio familiar, este es devengado en servicio activo tanto por los oficiales y sub oficiales, así como por los soldados profesionales quienes en conjunto cumplen con la misión dispuesta en el artículo 217 constitucional.

De igual forma, no se advierte que el trato planteado distintamente a los miembros de la Fuerzas Militares, consulte valores y principios constitucionales, máxime cuando hasta este momento se avista contrariedad con estos.

En relación con el ítem de racionalidad interna, se concluye la discordancia existente entre el objetivo y finalidad del subsidio familiar y la forma de aplicación en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto la naturaleza de este subsidio se enfoca en la asistencia a los empleados de medianos y menores ingresos, con el objetivo fundamental de aliviar las cargas económicas que conlleva el sostén de la familia, como núcleo básico de la sociedad. Es así como su proyección se enfocaría en los empleados de menores ingresos; sin embargo, contradictoriamente esto no sucede en el caso de las Fuerzas Militares.

Por consiguiente, resulta absurdo que los soldados profesionales perciban la prestación social en comento, como parte de sus derechos laborales, pero a la hora de la liquidación de su asignación de retiro equiparable a la pensión en el caso de los otros empleados públicos, ésta no les sea tomada en cuenta., cuando a los oficiales y suboficiales que devengan un mejor salario y mejores prestaciones si se les

incluye; situación que además a todas luces se exhibe como contrapuesta al principio de proporcionalidad.

Así las cosas, determina esta Sala que el trato diferencial delineado respecto al subsidio familiar por los miembros de las Fuerzas Militares, esto es oficiales, suboficiales y soldados profesionales, resulta contrario del principio constitucional a la igualdad

Ahora bien, en el sub lite, el actor devengó como haberes en la última nómina los siguientes conceptos: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad, bonificación orden público y el seguro de vida (fl.31)

En consecuencia, advertido como está el pago del subsidio familiar del demandante y la acreditación de su calidad de esposo y padre de un menor, según consta en la hoja de liquidación obrante a folios 31 a 32 del expediente, este Tribunal considera acertado que en virtud de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución Política, y al artículo 148 del C.P.A.C.A., se ordene inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que impide sea computable otro subsidio al dispuesto para los miembros de las Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en precedencia, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia apelada.¹¹

Así mismo, lo anterior tiene pleno respaldo en la jurisprudencia emanada desde el H. Consejo de Estado, en la que se ha analizado esta misma situación a la luz del principio de igualdad, veamos:

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

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó para los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable, para tal exclusión

Por el contrario, si se tiene que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 2, Sentencia del 15 de enero de 2015, M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana, Expediente: 1500133330062013-00139-01

en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran en rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría -los Oficiales y Suboficiales- dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quien más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-líte resulta inaplicable por ser violatoria del principio de Igualdad al excluir de un beneficio prestacional a los soldados profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las fuerzas militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.¹²

Así las cosas, sin lugar a dubitación, la situación de hecho que ocupa la atención del Despacho, es idéntica, circunstancia que por lo mismo amerita un mismo trato, el cual ha venido desconociendo la demandada.

Aunado a ello, es palmario que en tratándose de los beneficiarios del subsidio familiar, se pone en juego el derecho a la seguridad social, derecho que adquiere el carácter de fundamental y prevalente, circunstancias frente a las cuales es evidente la vulneración de los derechos constitucionales de la familia fundamentalmente de los niños, los cuales gozan de una protección especial, que no puede ser desconocida tras el acaecimiento de un status, para el caso, retirado - pensionado.

3.3. Caso Concreto

El apoderado de la parte actora manifiesta que el accionante tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro la partida de subsidio familiar que percibió en servicio activo, toda vez que el mismo le es reconocido a oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil que labora en el Ministerio de Defensa y lo niega para los soldados profesionales en la aplicación de las disposiciones consignadas en la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, desconociendo la entidad que al dar aplicación a estas normas se está en abierta contradicción con los preceptos constitucionales, por lo que se debe

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 17 de octubre de 2013, Exp. N° AC-11001-03-15-000-2013-01821-00, Consejero Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

inaplicar el artículo 16 del Decreto 4433 en razón a que su aplicación conlleva la violación de derechos fundamentales como el de la igualdad y el de protección integral del núcleo familiar.

Por su parte, la entidad demandada, manifiesta que el demandante no tiene derecho a la inclusión de la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro, toda vez que dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo establecido en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990, normatividad que establece de manera expresa la forma de reconocer la asignación de retiro de los soldados profesionales sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, por tanto la entidad para el respectivo reconocimiento se ajusta estrictamente a las partidas señaladas, en la cuales no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro para los soldados profesionales.

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

- Que mediante Resolución N° 521 del 23 de febrero de 2012, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ordena el reconocimiento de la asignación de retiro del señor WILLIAM BURGOS DIAZ, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, efectiva a partir del 08 de Marzo de 2012¹³
- Que la parte actora el día 24 de junio de 2013 solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la inclusión de la partida de subsidio Familiar en su asignación de retiro¹⁴
- Que la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante oficio N° 2013-37171 del 15 de Julio de 2013, niega la solicitud del accionante¹⁵
- Que la parte actora en servicio activo percibió el subsidio familiar en un porcentaje del 4.00%, tal y como se observa a folio 31 del expediente.
- Que el demandante se encuentra casado con la señora Gladys Aleida Angarita León, con quien tiene dos hijas menores de edad, según consta en la Resolución No 521 del 23 de febrero de 2012.

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

¹³ Folios 33 – 35

¹⁴ Folios 27 – 29

¹⁵ Folio 30

el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 5053 de 2009), indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000), y 38.5% de la prima de antigüedad.

Ahora bien, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente y las normas vigentes, se encuentra plenamente acreditado que el señor WILLIAM BURGOS DIAZ, devengó en servicio activo la partida de subsidio familiar, la cual generaba sustento para su familia, y que al momento de recibir su asignación de retiro, dicho factor salarial no fue incluido, vulnerándose así la igualdad, y sobre todo la protección económica que le genera sustento a su núcleo familiar, tal como ya quedó argumentado en los apartes que anteceden.

De lo anterior se concluye entonces, que la parte demandante tiene derecho a la inclusión de la partida de subsidio familiar en su asignación de retiro. Así, de conformidad con la certificación que obra a folio 31 del expediente, el accionante percibió en servicio activo el subsidio familiar en un porcentaje del 4.00%, por ende éste debe ser tenido en cuenta 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 5053 de 2009), indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000), y el 38.5% de la prima de antigüedad.

En conclusión, señala el Despacho que se declarará la nulidad del Acto Administrativo No. 2013-37171 del 15 de Julio de 2013, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" pues al señor WILLIAM BURGOS DIAZ le asiste el derecho a la inclusión de la partida de subsidio familiar en su asignación de retiro.

Es de resaltar, que -como se expuso en acápites anteriores-, la declaratoria nulidad que se resolverá, tiene soporte jurisprudencial en la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-122 de 2011, siendo Ponente el Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, Corporación que, respecto a la Excepción de Inconstitucionalidad, expresó:

"...2.1 La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4° 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..."¹⁶. Esta norma hace que nuestro

¹⁶ Los antecedentes de la excepción de inconstitucionalidad se remontan al artículo 40 del Acto Legislativo No 3 de 1910, en donde se disponía que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley debían aplicarse preferentemente las disposiciones constitucionales. También debe tenerse en cuenta el artículo 215 de la Constitución de

sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto¹⁷ ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución¹⁸.

2.2 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 concreto¹⁹. 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.

2.3 Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no.

1886 en donde se estableció que, "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Posteriormente en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 se estableció que, "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una norma legal, preferirá aquella". Ver sobre el tema el libro de Alexei Julio Estrada, Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 283 – 288. Igualmente el libro de Natalia Bernal Cano titulado, La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2002. También el artículo de Gilberto Augusto Blanco Zuñiga titulado "Comentarios a la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia", en: Revista de Derecho de la Universidad del Norte, No 16, V. 1 2001, pp. 268 – 279.

¹⁷ Por ejemplo Allan R. Brewer – Carias, en el "Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, No 39, 1995.

¹⁸ Es decir que combina la idea de Kelsen de control de constitucionalidad concentrado en una instancia jurídica especializada – Corte Constitucional – y un sistema propio del commonlaw de control difuso en donde cualquier autoridad judicial puede en un caso concreto dejar de aplicar una norma. Kelsen propuso el control de constitucionalidad concentrado en su obra ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? También se debe tener en cuenta el control de los actos normativos no legales que se establece en cabeza del Consejo de Estado en Colombia de conformidad con el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución, que establece que corresponde a dicha Corporación conocer de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, atribuyendo a esta entidad el control de los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional.

¹⁹ Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, "El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexecutable sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente **cualquier funcionario con jurisdicción**, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge" (Negrillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284).

2.4 Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto...”

De la manera como la Corte Constitucional lo refiere en precedencia, así deberá entenderse la parte resolutive de esta providencia, especialmente, en cuanto a la inaplicación del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

De las asignaciones preliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben deducir las sumas de las asignaciones de retiro ya pagadas y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto; a continuación, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL” descontará el valor de los aportes que ordene la ley y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago²⁰.

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 pensional, 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.

²⁰ Tesis sostenida en varias oportunidades por el Ho. Consejo de Estado, cuando señala que “... la omisión por parte de la administración en este sentido no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsunción A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 16 de febrero de dos mil doce (2012), radicación número: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11))

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.

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.

3.4. Costas.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. dispone que:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el juzgado que efectivamente se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, por consiguiente, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

De igual manera el Despacho dispondrá condenar a la parte demandada al pago de agencias en Derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del C.G.P., para lo cual se fijará como monto de estas, a ser incluido en la respectiva liquidación, el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda. Por Secretaría, Liquéndense.

IV.DECISION:

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

F A L L A:

PRIMERO. - INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL E ILEGAL el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. - DECLARAR LA NULIDAD del Acto Administrativo No. 2013-37171 del 15 de Julio de 2013, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la Partida de Subsidio Familiar en la Asignación de Retiro del señor WILLIAM BURGOS DIAZ, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" reajuste la Asignación de Retiro del señor WILLIAM BURGOS DIAZ, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, a partir del 08 de marzo de 2012, para lo cual se tendrá en cuenta, la partida de subsidio familiar devengada en servicio activo, de conformidad con lo indicado a lo largo de este proveído.

CUARTO.- 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 H. Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por 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.

QUINTO.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", **DEBE CUMPLIR** la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO.- CONDENAR EN COSTAS a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículoS 365 y 366 del CGP. En cuanto a Las agencias en derecho se establecen en la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría liquídense.

SEPTIMO.- En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso y **ARCHÍVESE** el proceso previa anotación en el programa “Justicia Siglo XXI”. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRIGUEZ
JUEZ